

Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010

Nicht im Handel



Sonderdruck aus
«Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins»
Band 148 · 2012 · Heft 6

Stämpfli Verlag AG Bern

Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010

Veröffentlicht in Band 136

Von Prof. Dr. THOMAS KOLLER/
lic. iur. NORBERT SENNHAUSER, Fürsprecher, Bern^{1, 2}

Übersicht

- | | | |
|------|---|-----------------|
| I. | Entschädigung der Überzeitarbeit berufsmässiger
Motorfahrzeugführer (Art. 321c Abs. 3 OR;
Art. 56 SVG; Art. 9 und Art. 13 Abs. 1 ArG;
Art. 6 und Art. 7 Abs. 3 ARV 1
[in der bis 31. Dezember 2010 geltenden Fassung]) | BGE 136 III 539 |
| II. | Bemessung der Gratifikation; Lohnausweis hat keinen
Schuldanererkennungscharakter; kein Recht zur
Arbeitsverweigerung bei Verzug mit der Auszahlung
der Gratifikation (Art. 82, Art. 322d und Art. 324
Abs. 1 OR) | BGE 136 III 313 |
| III. | Feiertagsentschädigung bei Angestellten im Stunden-
lohn (Art. 329 Abs. 3 OR; Art. 20a ArG; Art. 110
Abs. 3 BV; Art. 7 lit. d des UNO-Pakts I [SR 0.103.1];
Art. 1 Abs. 3 der Verordnung über den Bundesfeiertag
vom 30. Mai 1994 [SR 116]) | BGE 136 I 290 |
| IV. | Verjährung des Ferien(abgeltungs)anspruches
(Art. 329c, Art. 329d OR) | BGE 136 III 94 |

¹ Das Manuskript wurde am 23. April 2012 abgeschlossen.

² In dieser Rechtsprechungsübersicht werden die allgemeinen Kommentare zum schweizerischen Privatrecht mit den üblichen Abkürzungen zitiert (BK = Berner Kommentar; ZK = Zürcher Kommentar; BSK = Basler Kommentar). Im Weiteren werden als Standardliteratur folgende Werke abgekürzt zitiert: JÜRGEN BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1996; CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRÜCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2005; PHILIPPE CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zürich/Basel/Genf 2009; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2012; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2005; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2. Aufl., Bern 2008.

- V. Erwähnung einer Krankheit im Arbeitszeugnis (Art. 330a Abs. 1 OR) BGE 136 III 510
- VI. Urheberchaft des Arbeitnehmers bei Werkerstellung im Rahmen des Arbeitsverhältnisses (Art. 332 OR; Art. 6 und Art. 17 URG) BGE 136 III 225
- VII. Zulässigkeit von Kündigungen im Vorfeld einer Betriebsübertragung (Art. 333 OR) BGE 136 III 552
- VIII. Keine Verlängerung der Probezeit aufgrund unbezahlten Urlaubes (Art. 335b und Art. 336c Abs. 1 lit. c OR) BGE 136 III 562
- IX. Missbräuchlichkeit einer Kündigung bei schwererem Charakter des Arbeitnehmers (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR) BGE 136 III 513
- X. Rechtezeitigkeit einer Einsprache gegen eine Kündigung während der Probezeit bei verkürzter Kündigungsfrist (Art. 336b OR) BGE 136 III 96
- XI. Berücksichtigung einer ausländischen Norm trotz arbeitsvertraglicher Wahl des schweizerischen Rechts (Art. 19 und Art. 121 Abs. 3 IPRG; Art. 339b ff. OR) BGE 136 III 392
- XII. Schiedsfähigkeit von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten (Art. 21 Abs. 1 lit. d und Art. 24 GestG [heute: Art. 34 und Art. 35 Abs. 1 lit. d ZPO]; Art. 5 KSG [heute: Art. 354 ZPO]; Art. 341 Abs. 1 OR) BGE 136 III 467
- XIII. Überführung eines Arbeitsverhältnisses vom Stunden- in den Monatslohn nach dem GAV für die private Sicherheitsdienstleistungsbranche BGE 136 III 283

I. Entschädigung der Überzeitarbeit berufsmässiger Motorfahrzeugführer (Art. 321c Abs. 3 OR; Art. 56 SVG; Art. 9 und Art. 13 Abs. 1 ArG; Art. 6 und Art. 7 Abs. 3 ARV 1 [in der bis 31. Dezember 2010 geltenden Fassung])

BGE 136 III 539 (4A_259/2010)

Der Berufschaffeur Y arbeitete vom 1. Oktober 2002 bis zum 30. Juni 2007 für den Arbeitgeber X. Vertraglich vereinbarten die beiden Parteien, die Arbeitszeit werde flexibel gestaltet und variere aufgrund des Arbeitsvorkommens. Ausserhalb der normalen Arbeitszeiten seien Überstunden zu leisten, sofern dies dem Arbeitnehmer

nach Treu und Glauben zugemutet werden könne. Der vereinbarte Lohn wurde mit Fr. 5000.– brutto beziffert, wobei in Klammer «Fr. 5000.– gleich Profigehalt, Ueberstunden inklusive» vermerkt war. Y forderte von X nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Klage vom 10. März 2008 Fr. 60 684.60 nebst Zins für geleistete Überstunden. Die Streitigkeit zog sich bis vor Bundesgericht, welches zu beurteilen hatte, in welchem Ausmass allfällige Überstunden bereits mit dem vereinbarten Lohn abgegolten waren (das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern als Vorinstanz ist publiziert in LGVE 2010 I Nr. 17).

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass *Überzeit*, welche über der gesetzlichen Höchstarbeitszeit geleistet werde, bei *Berufschafffeuren genauso wie bei andern Arbeitnehmern zwingend entweder mit Freizeit auszugleichen oder mit dem Grundlohn zuzüglich des gesetzlich vorgesehenen Zuschlages zu entschädigen sei* (BGE 136 III 539, Regeste; für andere Arbeitnehmer vgl. BGE 126 III 337). Die Höchstarbeitszeitgrenze darf nicht durch Parteiabrede faktisch umgangen werden, indem *Überzeit* (= Überstunden über der Höchstarbeitszeit) als mit dem Lohn abgegolten gilt (vgl. BGE 136 III 539 E. 2.5.2 S. 542). Sonst bestünde für den Arbeitgeber keinerlei Anreiz, auf die Anordnung von Überzeitarbeit zu verzichten oder solche Arbeit mit Freizeit auszugleichen (vgl. BGE 136 III 539 E. 2.5.3 S. 543). Das Bundesgericht stützte seine Beurteilung insbesondere auf Art. 7 Abs. 3 der Verordnung vom 19. Juni 1995 über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (ARV 1) in der damals geltenden Fassung sowie auf Art. 321c Abs. 3 OR und Art. 56 SVG, wobei es die ähnlichen Bestimmungen in Art. 9, Art. 12 und Art. 13 ArG vergleichend mitberücksichtigte. In Zusammenhang mit Art. 56 SVG hob es hervor, mit der Regelung der Arbeits- und Ruhezeit solle insbesondere die Verkehrssicherheit gefördert werden, was zugleich auch dem Schutz der Arbeitnehmer diene (vgl. BGE 136 III 539 E. 2.5.3 S. 542 f.). Dass das Bundesgericht diesem Zweck durch das vorliegende Urteil Nachachtung verschafft, ist sehr zu begrüssen.

Die ARV 1 ist zwischenzeitlich einer Revision unterzogen worden, welche am 1. Januar 2011 in Kraft trat (Änderung vom 30. Juni 2010 [AS 2010 3239]; vgl. dazu auch THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2011, 336 ff., 336). Das hier besprochene Urteil kann für künftige ähnliche Streitigkeiten also nur noch mutatis mutandis herangezogen werden (weniger differenziert, aber im Ergebnis gleich GEISER/HÄFLIGER, a. a. O.). Eine Regelung, wie sie früher Art. 7 Abs. 3

ARV 1 enthalten hat («Die Überzeitarbeit kann durch einen Lohnzuschlag nach Obligationenrecht oder durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen werden...»), fehlt nunmehr in der revidierten Verordnung. Art. 6 der revidierten ARV 1 hält hingegen fest, die wöchentliche Höchstarbeitszeit könne bis zu 60 Stunden betragen. Über die Abgeltung von Überzeitarbeit schweigt sich die revidierte Verordnung aus. Art. 1 Abs. 2 der revidierten ARV 1 sieht Folgendes vor: «Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964, insbesondere die Bestimmungen über die Kompensation der Nachtarbeit.» Aufgrund von Kritik aus Arbeitgeberkreisen, namentlich im Zusammenhang mit der Auswirkung für die Nachtarbeit, hat der Bundesrat das Inkrafttreten dieser Bestimmung auf 1. Januar 2012 verschoben (vgl. Änderung vom 27. Oktober 2010, AS 2010 5087). Es fragt sich daher, ob für die Problematik der Überzeitarbeit bereits in der Zwischenzeit oder aber erst ab 1. Januar 2012 auf Art. 13 ArG abgestellt werden kann. Ersteres ist zu bejahen: Enthält die ARV 1 keine eigene, spezielle Regelung betreffend Überzeitarbeit, kommt der Vorbehalt in Art. 71 lit. a ArG nicht zum Tragen, d. h. das Arbeitsgesetz ist ohnehin anwendbar (vgl. PASCAL MAHON/ANNE BENOÎT [MICHÈLE TEGERMANN], Art. 71 ArG N 6, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/ Rémy Wyler [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005). Die Überzeitarbeit ist demnach bei fehlender Kompensation in jedem Fall zwingend mit einem Zuschlag zu entschädigen (im Ergebnis gleich GEISER/HÄFLIGER, a. a. O.). Aber neu liegt Überzeitarbeit erst vor, wenn wöchentlich mehr als 60 Stunden gearbeitet wird und nicht wie nach bisheriger Rechtslage bereits bei mehr als 46 Wochenstunden.

II. Bemessung der Gratifikation; Lohnausweis hat keinen Schuldanererkennungscharakter; kein Recht zur Arbeitsverweigerung bei Verzug mit der Auszahlung der Gratifikation (Art. 82, Art. 322d und Art. 324 Abs. 1 OR)

BGE 136 III 313 (4A_122/2010)

X arbeitete ab 1. Juni 2007 bei Y. Vorgängig hatte Y dem X mit E-Mail vom 28. März 2007 die Anstellung bestätigt und unter dem Stichwort Anfangslohn festgehalten: «Fr. 6500.–/Mt. plus Gratifikation».

tion». Ein eigentlicher schriftlicher Arbeitsvertrag existierte demgegenüber nicht. In der Folge zahlte Y den jeweiligen Monatslohn wiederholt verspätet aus. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2007 teilte X seinem Arbeitgeber mit, er stelle seine Arbeitsleistung wegen des Lohnrückstandes ein. Der Novemberlohn 2007 war zu diesem Zeitpunkt immer noch nicht ausbezahlt worden. Dieser traf bei X kurz darauf, am 24. Dezember 2007, ein, d. h. während der vom 23. Dezember 2007 bis zum 5. Januar 2008 dauernden Betriebsferien. Y kündigte mit Schreiben vom 27. Dezember 2007, welches dem X am 7. Januar 2008 zugestellt wurde, das Arbeitsverhältnis (auf ein leider im Urteil nicht genanntes Datum). X nahm seine Arbeit offenbar nicht mehr auf. Den Dezemberlohn 2007 überwies Y erst am 22. Januar 2008. Eine Gratifikation dagegen zahlte er nicht aus. Trotzdem bescheinigte Y später im Lohnausweis 2007 einen Bruttolohn von Fr. 49 292.–, was exakt dem Bruttolohn für die sieben Anstellungsmomente zuzüglich eines pro rata temporis berechneten 13. Monatslohnes entsprach. X klagte nach vorgängiger Betreibung am 28. Mai 2008 gegen seinen vormaligen Arbeitgeber und verlangte insbesondere die Auszahlung der im Lohnausweis bescheinigten Gratifikation. Das Verfahren zog sich bis vor Bundesgericht (ausführlich zu diesem Urteil RENÉ HIRSIGER, AJP 2010, 1336 ff.; vgl. auch die kurzen Hinweise bei THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/11, 53 ff., 53 f., THOMAS GEISER, AJP 2011, 243 ff., 245 f., THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2011, 336 ff., 337, und PASCAL PICHONNAZ, SJZ 2011, 181 ff., 184 f.).

Gratifikationsansprüche führen häufig zu gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Dies mag einerseits an der knappen gesetzlichen Regelung von Gratifikationen in Art. 322d OR und der nicht einfach überblickbaren Gerichtspraxis liegen, andererseits aber oftmals auch an unklaren Parteiaabreden. Die vorliegende Vereinbarung «Fr. 6500.–/Mt. plus Gratifikation» zwischen X und Y ist ein Musterbeispiel für Letzteres. Was darf ein Arbeitnehmer nach dem Vertrauensprinzip darunter verstehen, falls ein natürlicher Konsens zwischen den Parteien fehlt bzw. nicht feststellbar ist? Muss der Arbeitgeber zwingend eine Gratifikation auszahlen, oder kann er darauf verzichten? Wie ist die Gratifikation zu bemessen, und wann wird sie fällig? Welche Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang überdies den in einem Lohnausweis bescheinigten Beträgen zu?

Das Bundesgericht stellte fest, mit der Abrede «Fr. 6500.–(Mt. plus Gratifikation» hätten die Parteien *grundsätzlich* das Ausrichten einer Gratifikation vereinbart. Damit stehe die Gratifikation nicht mehr vollständig im Belieben des Arbeitgebers, weshalb auch von einer «unechten» Gratifikation gesprochen werde. *Nur bezüglich der Höhe bestehe ein Freiraum für den Arbeitgeber; diese müsse er aber nach billigem Ermessen festsetzen* (BGE 136 III 313 E. 2.3 S. 319).

Die Gratifikation darf somit richtigerweise nicht willkürlich, sondern muss nach sachlichen Gesichtspunkten bemessen werden (vgl. auch STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 7). Als sachliche Kriterien gelten allen voran die Arbeitsleistung des betroffenen Arbeitnehmers und der Geschäftsgang des Arbeitgebers (BGE 129 III 276 E. 2 S. 279 [vgl. zu diesem Urteil THOMAS KOLLER, ZBJV 2004, 483 ff., 509 ff.]). Zudem ist der aus Art. 328 OR fliessende Gleichbehandlungsgrundsatz der Arbeitnehmer zu beachten (vgl. BSK OR I-PORTMANN, Art. 322d N 6 und N 12; GEISER/MÜLLER, Rz. 401; BK-REHINDER/STÖCKLI, Art. 322d N 9; den Gleichbehandlungsgrundsatz erheblich einschränkend dagegen BGE 129 III 276 E. 3.1 S. 281 f.). Mangels vertraglich vereinbarter Kriterien rechtfertigt es sich daher, bei der Bemessung der Gratifikation eine allfällig bestehende Betriebsübung mitzuberücksichtigen (vgl. VISCHER, 105; BSK OR I-PORTMANN, Art. 322d N 13; STREIFF/VON KAENEL, Art. 322d N 7). Ein Teil der Lehre will zudem auch auf die Branchenübung abstellen (vgl. etwa ZK-STAEHELIN, Art. 322d N 14, mit zusätzlichem Hinweis auf die Ortsübung; VISCHER, 105; lediglich subsidiär bei fehlender Betriebsübung BSK OR I-PORTMANN, Art. 322d N 13).

Im konkreten Fall musste sich das Bundesgericht weder mit einer Betriebs- noch mit einer Branchen- oder Ortsübung auseinandersetzen. Die Parteien hatten es (bewusst oder unbewusst) unterlassen, eine solche geltend zu machen. Wohl nicht zuletzt mangels anderer erstellter Tatsachen war für die Bemessung der Gratifikation in erster Linie die Bedeutung des ausgestellten Lohnausweises 2007 zu würdigen. Dies bot dem Bundesgericht zunächst Gelegenheit für eine wichtige Klarstellung: *Der Lohnausweis stellt keine Schuldanererkennung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer dar* (BGE 136 III 313 E. 2.1 S. 318). *Ein Lohnausweis ist (nur) eine vom Arbeitgeber abgegebene Wissenserklärung*, um seinen steuerlichen Beschneidungspflichten gegenüber dem Arbeitnehmer und der Steuerverwaltung nachzukommen (vgl. Art. 127 Abs. 1 lit. a DBG; Art. 43 Abs. 1

StHG; MARTIN ZWEIFEL, in: Martin Zweifel/Peter Athanas [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b, 2. Auflage, Basel 2008, Art. 127 N 6 sowie Art. 115 N 14). Das Bundesgericht lehnte es daher zu Recht ab, im Lohnausweis eine Willenserklärung im Sinne einer Schuldanerkennung zu erblicken. *Immerhin kann aber im Lohnausweis ein Indiz dafür gesehen werden, wie viel der Arbeitnehmer nach Auffassung des Arbeitgebers in einem Jahr verdient habe* (vgl. BGE 136 III 313 E. 2.1 S. 318). Wie das Bundesgericht richtig ausführte, bestand in casu objektiv sowohl die Möglichkeit eines fehlerhaft ausgestellten Lohnausweises als auch einer unvollständigen Auszahlung der Ansprüche. Dennoch musste der Arbeitnehmer hier nicht von einem Irrtum des Arbeitgebers ausgehen. Da die Ausrichtung einer Gratifikation per E-Mail ausdrücklich vereinbart worden war, durfte er laut Bundesgericht aufgrund des Vertrauensprinzips grundsätzlich annehmen, dass die im Lohnausweis bescheinigte Gratifikation ihm in dieser Höhe ausbezahlt werde (vgl. BGE 136 III 313 E. 2.2 S. 318 sowie E. 2.3.3 S. 321).

Im Ergebnis spricht das Bundesgericht dem Lohnausweis dadurch eine erhebliche Bindungswirkung für den Arbeitgeber zu. Im vorliegenden Fall mag dies sachgerecht gewesen sein, insbesondere weil vom Arbeitgeber in einer solch streitigen Situation beim Ausstellen des Lohnausweises eine erhöhte Aufmerksamkeit gefordert werden darf (zumal der Arbeitgeber den Lohnausweis ausgestellt hatte, nachdem der Arbeitnehmer einen anteilmässigen 13. Monatslohn in Betriebung gesetzt hatte [vgl. zu diesem Faktum BGE 136 III 313 E. 1.2 S. 317 sowie HIRSGER, a. O., 1338 Bemerkung 2b]). In anderen Fällen muss es jedoch für den Arbeitgeber möglich sein, falsche Lohnausweise auch in Bezug auf vermeintliche Gratifikationszahlungen zu berichtigen. In Bezug auf die Gratifikationshöhe übt der Arbeitgeber sein Ermessen nämlich nicht durch das Ausstellen eines Lohnausweises aus, sondern durch die effektive Entrichtung. Ansonsten würde dem Lohnausweis (jedenfalls faktisch) doch der Charakter einer Schuldanerkennung zugesprochen.

Dem Bundesgericht schien allerdings auch nicht ganz wohl dabei gewesen zu sein, die Gratifikationsbemessung einzig und allein auf den ausgestellten Lohnausweis abstützen. Es prüfte daher unter den eher missglückten Bezeichnungen «Grund zur Kürzung (oder Streichung)» bzw. «Herabsetzungsgründe» (vgl. BGE 136 III 313 E. 2.2 S. 318 f. und E. 2.3.3 S. 320 f.), ob weitere für die Bemessung

wesentliche Umstände vorgelegen haben (kritisch zum Vorgehen des Bundesgerichts HRSIGER, a. O., 1338, Bemerkung 3). Der Arbeitgeber Y führte als Grund für die Verweigerung der Gratifikation die angeblich ungerechtfertigte Arbeitsverweigerung sowie angeblich ungenügende Arbeitsleistungen an (BGE 136 III 313 E. 2.3 S. 319). X hat jedoch die Arbeit aufgrund des Lohnzahlungsverzugs von Y in der für die Gratifikation relevanten Periode berechtigt verweigert. Der Arbeitgeber darf daher diese berechtigte Arbeitsverweigerung bei der Bemessung der Gratifikation nicht zulasten des Arbeitnehmers heranziehen. Oder, wie es das Bundesgericht ausdrückt: «*Hat der Arbeitgeber die fehlende Arbeitsleistung selbst verschuldet, begehrt er einen Ermessensmissbrauch, wenn er deswegen die Gratifikation kürzt [...]*» Offenbar soll dies aber nach Ansicht des Bundesgerichts nicht unbeschränkt gelten, wie sich aus einer Präzisierung ergibt: «*Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn die Arbeitsverweigerung wie hier nur wenige Tage der für die Gratifikation massgeblichen Beschäftigungsperiode betrifft*» (BGE 136 III 313 E. 2.3.2 S. 320). Die von Y behaupteten schlechten Arbeitsleistungen von X erachtete das Bundesgericht als nicht relevant, weil der Arbeitgeber selber in einer früheren Erklärung die Leistung des Arbeitnehmers nicht als massgebliches Kriterium für eine Kürzung der Gratifikation betrachtet hatte (vgl. BGE 136 III 313 E. 2.3.3 S. 320). Daher sprach es dem Arbeitnehmer die Gratifikation in der Höhe eines pro rata temporis berechneten 13. Monatsgehalts zu.

Schliesslich hielt das Bundesgericht noch fest, dass der Verzug bei einer Gratifikationszahlung den Arbeitnehmer nicht zur Arbeitsverweigerung berechtige. *Anders als die Lohnzahlung bilden die Gratifikation und die laufende Arbeitsleistung kein Leistungspaar.* Die analoge Anwendung von Art. 82 OR greift hier somit nicht. X wäre daher verpflichtet gewesen, ab dem 22. Januar 2008 – d. h. nach der Zahlung des Dezemberlohnes 2007 – wieder zu arbeiten (vgl. BGE 136 III 313 E. 2.4 S. 321). Die Vorinstanz hatte dies gemäss Bundesgericht richtig so gesehen (zu Recht kritisch und wesentlich differenzierter zu dieser Frage aber HRSIGER, a. O., 1339, Bemerkung 5).

Am Ende bleibt man als Leser des Urteils irgendwie ratlos. Insgesamt sind die bundesgerichtlichen Erwägungen nur schwer nachvollziehbar (gl. M. HRSIGER, a. O., 1339, Bemerkung 6). Für eine amtliche Publikation war der Entscheid daher denkbar ungeeignet.

III. Feiertagsentschädigung bei Angestellten im Stundenlohn (Art. 329 Abs. 3 OR; Art. 20a ArG; Art. 110 Abs. 3 BV; Art. 7 lit. d des UNO-Pakts I [SR 0.103.1]; Art. 1 Abs. 3 der Verordnung über den Bundesfeiertag vom 30. Mai 1994 [SR 116])

BGE 136 I 290 (4A_54/2010) = Pra 2011 Nr. 7 S. 46 ff. = SJ 2011 I 416

Z war seit März 2001 bei der X als Französischlehrerin für fremdsprachige Erwachsene angestellt. Sie arbeitete unregelmässig, jedoch mit einer insgesamt hohen, ihrer Ansicht nach einem Vollpensum entsprechenden Arbeitsauslastung. Der am 6. November 2002 unterzeichnete Arbeitsvertrag sah einen Stundenlohn von brutto Fr. 60.55 vor, worin eine pauschale Ferienentschädigung von Fr. 6.30, jedoch keine Feiertagsentschädigung enthalten war. Das Arbeitsverhältnis endete nach Kündigung durch die X am 8. April 2005.

Anfang Juli 2008 verlangte Z von der X Fr. 11 960.35 als Entschädigung für Feiertage der Jahre 2000 bis 2005. X überwies Ende August 2008 der Z Fr. 1905.50 abzüglich der Sozialversicherungsbeiträge. Kurz darauf erhielt Z ein Schreiben der X mit einer Übersicht über die entschädigten Feiertage vom 1. Mai 2003 bis 8. April 2005, woraus der Betrag von Fr. 1905.50 resultierte. Dieses Schreiben entsprach dem durch die X Anfang September 2008 gefällten Entscheid, allen Angestellten für die letzten fünf Jahre rückwirkend Feiertage zu entschädigen, sofern diese nicht auf einen Samstag oder Sonntag gefallen und die Lektionen nicht vor oder nach dem betreffenden Feiertag gehalten worden waren.

In der anschliessenden gerichtlichen Auseinandersetzung über die Feiertagsentschädigung wurde X erstinstanzlich zur Zahlung von brutto Fr. 2212.10 nebst Zins verurteilt, im Berufungsverfahren zu einer Zahlung von brutto Fr. 4874.– nebst Zins (entsprechend 3,87% des Lohnes für die Periode, für welche die Verjährung noch nicht eingetreten war). X erhob daraufhin erfolgreich Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht (vgl. zum im Einzelnen komplizierten und chronologisch nicht ganz nachvollziehbaren Sachverhalt das ungekürzte Bundesgerichtsurteil 4A_54/2010). In der Literatur ist dieser Entscheid auf grosse Resonanz gestossen (BSK OR I-PORTMANN,

Art. 329 N 9; THOMAS GEISER, AJP 2010, 243 ff., 243 f.; THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2011, 336 ff., 337 f.; EVELYNE SCHMID, AJP 2011, 983 f.; JÖRG KÜNZLI, ZBJV 2011, 747 ff., 815 f.; DANIEL WÜGER, ARV 2011, 100 ff.; ANNE BENOÎT, RDAF 2011 I 392; THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/11, 53 ff., 54).

Da der Streitwert in casu unter Fr. 15 000.– lag, wäre an sich eine Eintretensvoraussetzung für die Beschwerde in Zivilsachen nicht erfüllt gewesen (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG). Das Bundesgericht bejah- te indessen das *Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung* i. S. v. Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG. Die Frage, ob im Stundenlohn Beschäftigte Anspruch auf Lohn für gesetzliche Feiertage haben, war von kantonalen Gerichten unterschiedlich beantwortet worden. Das Bundesgericht selber hatte sich in einem früheren, nicht amtlich publizierten Entscheid (Bundesgerichtsurtel 4A_478/2009 vom 16. Dezember 2009, E. 5) zwar mit dieser Frage befasst, allerdings nur sehr summarisch und ohne die Problematik einlässlich zu diskutieren, insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt von Art. 7 lit. d UNO-Pakt I (Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966; SR 0.103.1). Daher rechtfertigte es sich gemäss Bundesgericht, auf die Beschwerde einzutreten (nicht amtlich publizierte E. 1.1 des Urteils). *Einmal mehr zeigt sich hier, dass Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung i. S. v. Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG vor allem in sozial besonders sensiblen Bereichen des Privatrechts wie dem Arbeitsrecht, dem Mietrecht und dem AGB-Recht verortet werden* (vgl. dazu bereits THOMAS KOLLER/MICHAEL S. GRABER, ZBJV 2010, 1082 ff., 1097, m. w. Hw.).

Materiell hielt das Bundesgericht im Ergebnis fest, es bestehe keine Pflicht zur Entschädigung von Feiertagen gegenüber Angestellten im Stundenlohn, mit Ausnahme des 1. August, sofern dieser auf einen Arbeitstag falle. Der Entschädigungspflicht hinsichtlich des 1. August war die X nachgekommen; zudem hatte sie gar freiwillig einen Betrag darüber hinaus geleistet, weshalb Z gemäss Bundesgericht keine weiter gehenden Ansprüche zustanden (BGE 136 I 290 E. 2.4 S. 295).

Der 1. August ist in der Bundesverfassung in Art. 110 Abs. 3 als bezahlter Feiertag angeordnet (vgl. ebenso Art. 1 Abs. 3 der Verordnung über den Bundesfeiertag vom 30. Mai 1994 [SR 116]). Die Kantone können daneben gemäss Art. 20a ArG höchstens acht weitere Feiertage festlegen. Diese Bestimmung sieht eine Entschädigungs-

pflicht für diese weiteren Tage nicht vor; ebenso lässt sich eine solche Pflicht innerstaatlich auf Bundesebene nicht andernorts ableiten. Die Kantone sind ihrerseits nicht kompetent, hier eine abweichende Regelung aufzustellen. *Damit besteht innerstaatlich grundsätzlich für Feiertage, mit Ausnahme des 1. August.* Eine solche kann sich allenfalls aus gesamt- oder einzelarbeitsvertraglicher Vereinbarung oder, was ebenfalls nicht unerheblich sein dürfte, aus der Übung ergeben (vgl. BGE 136 I 290 E. 2.1 und E. 2.2 S. 291 f., in Übereinstimmung mit WOLFGANG PORTMANN/CHRISTINE PETROVIC, Art. 20a ArGN 18, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wylser [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005).

In neuerer Zeit war in Praxis und Lehre umstritten, ob sich eine Entschädigungspflicht direkt aus Art. 7 lit. d UNO-Pakt I und damit aus Staatsvertragsrecht ableiten lässt. Diese Norm hält fest: *«Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen an, durch die insbesondere gewährleistet wird [...] d) Arbeitspausen, Freizeit, eine angemessene Begrenzung der Arbeitszeit, regelmässiger bezahlter Urlaub sowie Vergütung gesetzlicher Feiertage.»* Ein Teil der Lehre und Gerichte, so auch die Vorinstanz, erachtet Art. 7 lit. d UNO-Pakt I als unmittelbar anwendbar («self-executing»; vgl. etwa beispielhaft PORTMANN/PETROVIC, a. a. O., Art. 20a N 19, sowie die weiteren Verweise in BGE 136 I 290 E. 2.3 S. 292 f.). Mit seinem Urteil schaffte das Bundesgericht diesbezüglich nun Klarheit (vgl. für die bis anhin bestehende Unsicherheit etwa STREIFF/VON KAENEL, Art. 329 N 14): In langjähriger Rechtsprechung hat es festgehalten, dass sich die meisten Bestimmungen des UNO-Pakts I nur an den Gesetzgeber wenden und dem Einzelnen grundsätzlich keine subjektiven Rechte einräumen, auf die er sich vor Gericht berufen kann; nur ganz vereinzelt hat es gewisse Normen dieses internationalen Abkommens als direkt anwendbar erklärt (siehe dazu die Nachweise in BGE 136 I 290 E. 2.3.1 S. 293). *In konsequenter Fortführung dieser Rechtsprechung verneinte das Bundesgericht in casu die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 7 lit. d UNO-Pakt I*, und zwar nicht zuletzt, weil es diese Norm für zu wenig klar und konkret hielt (BGE 136 I 290 E. 2.3.3 S. 294 f.).

In der Literatur ist dieses Urteil auf Kritik gestossen. So wird von einem Teil der Lehre grundsätzlich beanstandet, dass das Bundesgericht die Bestimmungen des UNO-Pakts I als nicht direkt an-

wendbar erachtet (dazu allgemein etwa BARBARA WILSON, AJP 2010, 1503 ff., 1506 f.; speziell zum vorliegenden Fall SCHMID, a. a. O., 983 f.; WÜGER, a. a. O., 102 ff.; ansatzweise auch KÜNZLI, a. a. O., 815 f.). Ein anderer Teil der Lehre ist zumindest der Meinung, Art. 7 lit. d UNO-Pakt I sei hinreichend konkret, um direkt angewandt zu werden (BSK OR I-PORTMANN, Art. 329 N 9), zumal Art. 110 Abs. 3 BV, der für den Nationalfeiertag unbestrittenermassen einen Lohnanspruch einräumt, auch nicht konkreter gefasst sei (GEISER, a. a. O., 244; GEISER/HÄFLIGER, a. a. O., 338; BSK OR I-PORTMANN, Art. 329 N 9). Demgegenüber hält BENOÎT dem Bundesgericht zugut, der UN-Menschenrechtsausschuss erachte Art. 7 lit. d UNO-Pakt I im Gegensatz zu andern Bestimmungen dieses Abkommens ebenfalls nicht als direkt anwendbar (a. a. O., 392). Differenzierter äussert sich KÜNZLI: Die Auffassung des Bundesgerichts sei zumindest für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse nicht zwingend. Im Ergebnis könne hingegen dem Bundesgericht gefolgt werden, da in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis dieser menschenrechtlichen Vorgabe tatsächlich keine unmittelbare Wirkung zukommen müsse, sondern ihr Inhalt primär durch das Privatrecht zu konkretisieren sei (a. a. O., 815 f.).

Letzteres überzeugt nicht. Ob der Standpunkt des Bundesgerichts, Art. 7 lit. d UNO-Pakt I sei nicht «self-executing», völkerrechtlich zutreffend ist oder nicht, sei hier dahingestellt. Bejaht man indessen die direkte Anwendbarkeit dieser Norm, wie dies KÜNZLI für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse ansatzweise tut, so hat sie – ebenso wie die Bestimmungen zahlreicher anderer direkt anwendbarer völkerrechtlicher Abkommen – auch für privatrechtliche Verhältnisse unmittelbar Geltung. Dazu ist nicht einmal ein Rückgriff auf die Theorie der Drittwirkung erforderlich (so aber WÜGER, a. a. O., 102; ansatzweise auch BSK OR I-PORTMANN, Art. 329 N 9).

Das hier besprochene Urteil gilt nicht nur für Beschäftigte im Stundenlohn, sondern auch für Arbeitnehmer, die einen *Tageslohn* oder einen *Akkordlohn* erhalten, nicht aber für Arbeitnehmer im Wochen-, Monats- oder Jahreslohn, weil deren Lohn bei Feiertagen nicht gekürzt wird (BSK OR I-PORTMANN, Art. 329 N 9; STREIFF/VON KAENEL, Art. 329 N 14; VISCHER, 180 f.; CARRUZZO, Art. 329 N 5; ähnlich ZK-STAEHELIN, Art. 329 N 9, und BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, 407).

IV. Verjährung des Ferien(abgeltungs)anspruches (Art. 329c, Art. 329d OR)

BGE 136 III 94 (4A_333/2009) = Pra 2010 Nr. 97 S. 678 ff. = SJ 2010 I 331 ff.

Ein Arbeitnehmer (in Kaderposition) klagte nach ungerechtfertigter fristloser Entlassung gegen seine bisherige Arbeitgeberin und begründete unter anderem einen Teil der geltend gemachten Gesamtforderung mit *Abgeltung für nicht bezogene Ferien*. Vor Bundesgericht war insbesondere streitig, ob der Ferienanspruch teilweise bereits verjährt sei und daher diesbezüglich gar kein Abgeltungsanspruch mehr entstehen könne. Damit bot sich dem Bundesgericht Gelegenheit, die in BGE 130 III 19 E. 3.2 S. 25 noch offengelassene Frage über die massgebende Verjährungsfrist zu klären. In der Lehre waren bis anhin sowohl die Anwendung der zehnjährigen Frist nach Art. 127 OR als auch jene der fünfjährigen nach Art. 128 Ziff. 3 OR vertreten worden (vgl. BGE 136 III 94 E. 4.1 S. 95; 130 III 19 E. 3.2 S. 25, je m. Nw.).

Das Bundesgericht hat sich für *die fünfjährige Frist nach Art. 128 Ziff. 3 OR entschieden* (bestätigt mit Urteil 4A_44/2010 vom 1. April 2010, E. 3.3.2; vgl. auch die Besprechung des vorliegenden Urteils von THOMAS GEISER, AJP 2011, 243 ff., 246 f., und THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2011, 336 ff., 338 f., sowie die Hinweise von RÉMY WÜYLER, JDT 2010 I 96 ff., 104, THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/10, 39 ff., 40, und PASCAL PICHONNAZ, SJZ 2011, 181 ff., 186 f.). Zur Begründung führte es aus, das Recht auf Ferien beinhalte sowohl einen Anspruch auf freie Zeit als auch auf Lohnzahlung; es rechtfertige sich, den ganzen Anspruch derselben Verjährungsfrist zu unterwerfen. Zudem sei unbestritten, dass der Abgeltungsanspruch für nicht bezogene Ferien binnen fünf Jahren verjähre; es wäre nicht sachgerecht, für den Ferienanspruch eine längere Verjährungsfrist vorzusehen als für den Abgeltungsanspruch (BGE 136 III 94 E. 4.1 S. 95). Sachlich sind diese einheitliche Lösung und die damit verbundene höchstrichterliche Klärung einer wichtigen Frage zu begrüssen. Auch gegen die Anwendung der Fünfjahresfrist ist nichts einzuwenden (a. M. BSK OR I-PORTMANN, Art. 329c N 4). Von der Gedankenführung her ist das Urteil allerdings nicht ganz sauber: Im Streit stand ja, da der Arbeitnehmer wegen der (ungerechtfertigten) fristlosen Entlassung seine Ferien nicht mehr in natu-

ra hatte beziehen können, *nicht der Ferien-, sondern ein Abgeltungsanspruch*.

Nicht nur die Dauer der Frist an sich ist für die Frage der Verjährung relevant, sondern ebenso, wann diese Frist zu laufen beginnt. Auch diesbezüglich hat das Bundesgericht nun Klarheit geschaffen: *Der Ferienanspruch verjährt für jedes Dienstjahr getrennt, wobei die Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt von dessen Fälligkeit läuft* (Art. 130 Abs. 1 OR). Die Fälligkeit des Ferienanspruchs richtet sich dabei zunächst nach dem allfällig im Arbeitsvertrag geregelten oder durch den Arbeitgeber nach Art. 329c Abs. 2 OR bestimmten Zeitpunkt des Ferienbezugs. Fehlt ein solcher Zeitpunkt, ist derjenige Tag für die Fälligkeit massgebend, *an dem letztmals die gesamten Ferien während des laufenden Dienstjahres* («année de services») *bezogen werden können* (BGE 136 III 94 E. 4.1 S. 94; Urteil 4A_44/2010 vom 1. April 2010, E. 3.3.2; unzutreffend GEISER, a. O., 246, der meint, es sei unklar, ob das Bundesgericht vom Kalenderjahr oder vom Dienstjahr ausgehe; unzutreffend auch BSK OR I-DÄPPEN, Art. 128 N 13, der vom Kalenderjahr spricht). Da im vorliegenden Fall das Dienstjahr vom 1. September bis 31. August lief, der Arbeitnehmer gemäss Vertrag 20 Tage Ferien zugut hatte und die Parteien die Daten des Ferienbezugs nicht geregelt hatten, wurde der Ferienanspruch für jedes Jahr jeweils in den ersten Augusttagen fällig (nicht amtlich publizierte E. 4.2 des besprochenen Urteils). Damit hat das Bundesgericht – wie GEISER, a. O., 246, zutreffend ausführt – die in der Literatur zum Teil vertretene These verworfen, die Verjährungsfrist beginne erst mit Ende des Dienstjahres zu laufen (so etwa CARRUZZO, Art. 329d N 10). Je länger der jährliche Ferienanspruch ist, desto früher tritt mithin dessen Fälligkeit ein.

Der hier diskutierte Entscheid bringt eine weitere Klarstellung mit sich. *Der Ferienabgeltungsanspruch entsteht zwar erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, denn vorher ist eine Abgeltung der Ferien in Geld gemäss Art. 329d Abs. 2 OR unzulässig (BGE 131 III 451 E. 2.2. S. 454 f.), und er umfasst nur die noch nicht verjäherten Ferienansprüche (BGE 131 III 451 E. 2.3 S. 455; Urteil 4A_44/2010 vom 1. April 2010, E. 3.3.2). *Die Verjährungsfrist für den Abgeltungsanspruch beginnt aber nicht mit dessen Entstehung zu laufen, sondern gleichzeitig mit der Fälligkeit des abzugeltenden Ferienanspruchs* und damit wesentlich früher. Begrifflich ist das nicht selbstverständlich; bildhaft erklärt wurde dies in der Lehre damit, dass sich mit Beendi-

gung des Arbeitsverhältnisses einfach die Natur der Forderung umwandle («cette transformation est une simple conversion de la nature de la créance» [WYLER, 360; ähnlich CARRUZZO, Art. 329d N 10]).

In der Praxis werden oft in einem Dienstjahr nicht bezogene Ferien ausdrücklich auf das nächste Jahr übertragen. Gemäss Lehre kann dies als *Novation* betrachtet werden, *sofern der Arbeitgeber die Übertragung ausdrücklich bestätigt*. Die Verjährung würde diesfalls neu zu laufen beginnen (STREIFF/VON KAENEL, Art. 329c N 5; BSK OR I-PORTMANN, Art. 329c N 4; sinngemäss auch Urteil 4A_44/2010 vom 1. April 2010, E. 3.3.3). Die in der Praxis weit verbreiteten tabellarischen Übersichten über Arbeitszeiten, Krankheits- und Ferientage des jeweils laufenden Kalenderjahres dürften hierfür aber ohne ausdrückliche Richtigkeitserklärung beider Parteien, insbesondere etwa durch Unterzeichnung, regelmässig nicht genügen. Die Anerkennung eines Saldo setzt eine entsprechende Willenserklärung voraus; beide Parteien müssen den gezogenen Saldo als richtig anerkennen (vgl. BSK OR I-GONZENBACH, Art. 117 N 11).

Im vorliegenden Fall scheint eine solche ausdrückliche Übertragung durch den Arbeitgeber nicht stattgefunden zu haben. Denn das Bundesgericht bezeichnete gewisse Ferienansprüche des Klägers, die weiter zurückliegen (und die im Detail von der Vorinstanz noch festzustellen sind), als verjährt (nicht publizierte E. 4.2 des besprochenen Urteils). Das ist jedoch aus einem andern Grund falsch. Der Arbeitnehmer hatte einen jährlichen Ferienanspruch von 20 Tagen und machte einen Abgeltungsanspruch für 36,61 nicht bezogene Ferientage geltend. Zudem hatte er eine Abrechnung eingereicht, welche pro Dienstjahr den nicht bezogenen Feriensaldo auswies (nicht publizierte E. 4.2). Daraus ergibt sich klar: Der Arbeitnehmer hat jedes Jahr Ferien bezogen, allerdings jeweils nicht alle ihm zustehenden Tage. Am Schluss stand dementsprechend bloss ein Abgeltungsanspruch für den Ferienanspruch in einem Umfang im Streit, wie er während nicht ganz zwei Dienstjahren anwuchs.

Dieser Ferienanspruch konnte bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gar nicht verjährt sein. Denn bei der Prüfung, ob Ferienansprüche verjährt sind, muss richtigerweise das FIFO-Prinzip (First In – First Out) gelten: *Der Arbeitnehmer bezieht der Reihe nach immer diejenigen Ferientage, welche früher fällig geworden sind*. Mit anderen Worten werden mit dem Ferienbezug in einem Dienstjahr immer zuerst in früheren Dienstjahren nicht bezogene Ferientage (in der

Reihenfolge ihrer Fälligkeit) abgebaut (gl. M. BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 329c N 8; GEISER/MÜLLER, Rz. 511b). Erst wenn keine Ferientage aus früheren Dienstjahren mehr offen sind, beginnt der Bezug von Ferientagen des laufenden Dienstjahres. Einer ausdrücklichen «Übertragung» von Ferientagen durch den Arbeitgeber bedarf es dazu nicht. Die rechtliche Basis dafür findet sich in Art. 87 Abs. 1 in fine OR, der nicht nur auf Geldzahlungen Anwendung findet (BK-WEBER, Art. 85 N 4a). Gemäss dieser Bestimmung ist eine «Zahlung» unter mehreren fälligen (nicht in Betreibung gesetzten) Schulden auf diejenige anzurechnen, die früher verfallen ist, sofern weder der Schuldner noch der Gläubiger eine Anrechnungserklärung gemäss Art. 86 OR abgibt. Beim Ferienbezug wird eine Anrechnungserklärung durch den Arbeitnehmer als Gläubiger des Ferienanspruchs (Art. 86 Abs. 2 OR) kaum je erfolgen, da sie nicht in seinem Interesse liegt. Eine Anrechnungserklärung durch den Arbeitgeber als Schuldner (Art. 86 Abs. 1 OR) wäre problematisch (a. M. offenbar GEISER/MÜLLER, Rz. 511b). Denn der Arbeitgeber hat es in der Hand, den Bezug von Ferien anzuordnen (Art. 329c Abs. 2 OR), und zwar auch gegenüber Kaderpersonen; eine Ausnahme mag allenfalls für Arbeitnehmer in arbeitgeberähnlicher Position (wie z. B. einen CEO) gelten. Solange der Arbeitgeber dies für in früheren Dienstjahren nicht bezogene Ferientage unterlässt, darf er nicht berechtigt sein, zu verlangen, dass die aktuell bezogenen Ferien auf das laufende Dienstjahr angerechnet werden. Dieses Recht steht ihm erst zu, wenn der Arbeitnehmer der Anordnung zum Bezug von noch offenen Ferien aus früheren Dienstjahren nicht Folge leistet und so in Gläubiger-Verzug gerät.

Art. 329c Abs. 1 OR steht dem FIFO-Prinzip nicht entgegen. Die Bestimmung, wonach Ferien in der Regel im Verlauf des Dienstjahres zu gewähren sind, dient dem Schutz des Arbeitnehmers, der es sich nicht gefallen lassen muss, dass der Arbeitgeber den Bezug von Ferien auf spätere Dienstjahre verschiebt. Ist der Arbeitnehmer aber mit einer solchen Verschiebung einverstanden oder toleriert der Arbeitgeber, dass ein Arbeitnehmer in einem Dienstjahr nicht die vollen Ferien bezieht (was bei Kaderpersonen oft vorkommen dürfte), so darf sich Art. 329c Abs. 1 OR nicht zulasten des Arbeitnehmers auswirken. Der Arbeitgeber wird durch das FIFO-Prinzip nicht unangemessen belastet, da er – wie erwähnt – befugt ist, den Ferienbezug anzuordnen, und er so den Abbau des Feriensaldos herbeiführen kann.

Bei konsequenter Anwendung des FIFO-Prinzips werden in der Praxis Ferienansprüche während der Dauer des Arbeitsverhältnisses angesichts einer Verdünnungsdauer von immerhin fünf Jahren kaum je verjähren (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 329c N 8; GEISER/MÜLLER, Rz. 511b Fn. 669). Ohne Weiteres denkbar ist hingegen auch unter dem FIFO-Prinzip eine Verjähnung des Ferienabgeltungsanspruches gemäss Art. 329d Abs. 2 OR, wenn der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu lange zuwartet, diesen Anspruch in Verjährungsunterbrechender Form (Art. 135 Ziff. 2 OR) geltend zu machen. Letzteres traf im vorliegenden Fall jedoch nicht zu, weil der Arbeitnehmer die Klage rund vier Monate nach der fristlosen Entlassung eingereicht hatte.

In casu hat das Bundesgericht im Ergebnis dem FIFO-Prinzip eine Absage erteilt, ohne sich indessen mit den damit verbundenen rechtlichen Aspekten ausdrücklich auseinanderzusetzen. Die höchstgerichtliche Klärung der Frage, ob beim Ferienbezug das FIFO-Prinzip gilt, steht damit noch an.

V. Erwähnung einer Krankheit im Arbeitszeugnis (Art. 330a Abs. 1 OR)

BGE 136 III 510 (4A_187/2010)

A war ab dem 1. Juni 2004 bei einer Gewerkschaft zu 100% als Regionalsekretär mit besonderen Aufgaben für das Regionalbüro Olten angestellt. Im Sommer 2007 äusserte er den Wunsch, den Beschäftigungsgrad ab 1. Oktober 2007 auf 50% zu reduzieren, damit er das Rechtsstudium an der Universität Luzern aufnehmen könne. Der direkte Vorgesetzte von A arbeitete zuhause des Zentralsekretariates der Gewerkschaft ein Konzept aus, welches diese Reduktion ermöglichen sollte. Am 23. August 2007 erlitt A einen Nervenzusammenbruch und war ab diesem Zeitpunkt 100% arbeitsunfähig geschrieben. Die Arbeitgeberin teilte ihm am 22. November 2007 mit, seinem Antrag auf Reduktion des Beschäftigungsgrades werde zugestimmt, eine Weiterbeschäftigung als Regionalsekretär zu 50% mache aber wenig Sinn; er bleibe anderweitig ab 1. Oktober 2007 in Olten beschäftigt, bis eine andere Lösung innerhalb der Gewerkschaft gefunden werde. A machte daraufhin geltend, ihm sei keine Vertragsänderung unter-

breitet worden; er wolle mit dem Präsidenten der Gewerkschaft über seinen Einsatz sprechen. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2007 liess die Arbeitgeberin A wissen, da er eine Reduktion des Beschäftigungsgrades gewünscht und sich auch an der Universität Luzern für das Rechtsstudium angemeldet habe, sei er ab 1. Oktober 2007 nur noch zu 50% angestellt. Sie werde daher als Lohnersatz für die Zeit der Krankheit nicht mehr als 50% des früheren Lohnes bezahlen.

Am 19. Mai 2008 teilte die Arbeitgeberin dem A mit, ihrer Ansicht nach sei er unabhängig von der ärztlich bezugeten Arbeitsunfähigkeit gar nicht willens, das Arbeitsverhältnis aufrechtzuerhalten; eine Klage wegen Treupflichtverletzung werde hier Klarheit schaffen. Mit Klage vom 22. Juli 2008 gelangte aber schliesslich nicht die Gewerkschaft, sondern A an das Gericht und *forderte eine Lohn- und Genugtuungszahlung sowie die Aushandigung eines Arbeitszeugnisses und einer Arbeitsbestätigung*. Die Krankentaggeldversicherung kam aufgrund der ihr vorliegenden Arztberichte in einem Schreiben vom 8. Oktober 2008 an die Gewerkschaft zum Schluss, seit dem 18. Januar 2008 sei A in einer anderen Tätigkeit als der bisherigen zu 100% arbeitsfähig; unter Gewährung einer dreimonatigen Übergangsfrist habe daher ihre Leistungspflicht per 30. April 2008 geendet. Gestützt darauf kündigte die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 20. Oktober 2008 das Arbeitsverhältnis rückwirkend per 30. April 2008. In der Folge kamen die Parteien überein, dass die Kündigung per 31. Januar 2009 rechtsgültig geworden sei.

Mit Urteil vom 19. Februar 2010 verpflichtete das Obergericht des Kantons Solothurn als zweite Instanz die Arbeitgeberin unter anderem dazu, im auszustellenden Arbeitszeugnis den folgenden Satz einzufügen: *«Wegen gesundheitlichen Problemen konnte A. seine Funktion als Regionalsekretär seit dem 24. August 2007 nicht mehr wahrnehmen.»* Mit Beschwerde in Zivilsachen verlangte A unter anderem, es sei ihm ein Arbeitszeugnis auszustellen, welches seine Krankheit nicht erwähnt, blieb damit aber – ebenso wie mit seinen weiteren Begehren – erfolglos (vgl. die Kurzhinweise auf dieses Urteil bei THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2011, 336 ff., 340, THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/11, 53 ff., 56, und BSK OR I-PORTMANN, Art. 330a N 4 f.).

Das Bundesgericht hielt fest, dass ein qualifiziertes Arbeitszeugnis zwar wohlwollend formuliert sein müsse, aber dennoch wahr und vollständig zu sein habe (ähnlich bereits BGE 129 III 177 E. 3.2 S. 180;

siehe zu diesem Urteil THOMAS KOLLER, ZBJV 2004, 483 ff., 526 f.). Ein solches Zeugnis dürfe und müsse bezüglich der Leistungen des Arbeitnehmers auch negative Tatsachen erwähnen, soweit diese für eine Gesamtbeurteilung erheblich seien. Das treffe auch auf eine Krankheit zu, wenn diese einen erheblichen Einfluss auf die Leistung oder das Verhalten des Arbeitnehmers hatte oder die Eignung zur Erfüllung der bisherigen Aufgaben infrage stellte und damit einen sachlichen Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bildete (BGE 136 III 510 E. 4.1 S. 511 f.; einlässlich zur Frage, wann eine Krankheit im Arbeitszeugnis zu erwähnen ist, auch CARRUZZO, Art. 330a N 7). Bei der Krankheit von A erachtete das Bundesgericht diese Voraussetzung klar als erfüllt. Einerseits konnte A seine Arbeitstätigkeit krankheitshalber für mehr als ein Jahr nicht mehr ausüben. Andererseits war bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht absehbar, ob und wann er dazu wieder in der Lage sein würde (BGE 136 III 510 E. 4.4 S. 513).

Den vorgenannten Grundsatzüberlegungen des Bundesgerichts ist zuzustimmen. Das Wohlwollen bei der Formulierung eines Arbeitszeugnisses, welches der Arbeitgeber gestützt auf die Fürsorgepflicht anzuwenden hat (vgl. etwa BSK OR I-PORTMANN, Art. 330a N 6; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 330a N 14), findet seine Grenzen an der Wahrheitspflicht (vgl. STREIFF/VON KAENEL, Art. 330a N 3, mit weiteren Verweisen). *Qualifizierte Arbeitszeugnisse müssen für künftige Arbeitgeber ein verlässliches Bild abgeben*, weshalb das Wohlwollen in jedem Fall die Zuverlässigkeit und Richtigkeit eines Arbeitszeugnisses zu wahren hat (vgl. BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 330a N 14). Mindestens seit BGE 101 II 69 müssen Arbeitgeber zudem damit rechnen, dass sie gegenüber späteren Arbeitgebern gestützt auf Art. 41 OR für ein falsches Zeugnis haftbar werden (siehe auch den Hinweis auf dieses Haftungsrisiko in BGE 129 III 177 E. 3.2 S. 180; ebenso WYLER, 365 f., BSK OR I-PORTMANN, Art. 330a N 6 und N 11, sowie STREIFF/VON KAENEL, Art. 330a N 7; einlässlich zur Haftung des Arbeitgebers gegenüber Dritten BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 330a N 26). *Missverständenes Wohlwollen kann daher direkt zu Schadenersatzklagen führen*. Dies gilt auch für zu Unrecht verschwiegene krankheitsbedingte Abwesenheiten oder Einschränkungen.

Selbstverständlich ist bei der Erwähnung von Krankheiten eine gewisse Zurückhaltung geboten, da eine Krankheit in aller Regel unverschuldet auftritt und an sich bereits eine starke Belastung für den Betroffenen darstellen kann. Das wirtschaftliche Fortkommen gerade

auch eines weiterhin noch erkrankten Arbeitnehmers sollte daher wenn immer möglich nicht zusätzlich erschwert werden. Dem trägt das Bundesgericht insoweit Rechnung, als nicht beliebige Erkrankungen im Arbeitszeugnis erwähnt werden müssen, sondern nur solche, die einen erheblichen Einfluss auf Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers hatten bzw. haben (vgl. BGE 136 III 510 E. 4.1 S. 511). Die Gratwanderung zwischen Fürsorgepflicht und Wahrheitspflicht dürfte bei der Zeugnisformulierung für einen Arbeitgeber dennoch nicht immer einfach sein. Das Bundesgericht lehnte implizit auch eine in der Literatur gelegentlich erwähnte schematische Lösung ab, wonach eine krankheitsbedingte Abwesenheit erst dann zu erwähnen wäre, wenn sie im Verhältnis zur gesamten Beschäftigungsdauer mehr als die Hälfte ausmache; *massgebend seien stets die Umstände des Einzelfalls* (BGE 136 III 510 E. 4.1 S. 512).

Die Lektüre des gesamten Urteils (also nicht bloss des amtlich publizierten Teils, sondern auch der die Lohnfrage betreffenden Erwägungen) offenbart Interessantes: Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass hier ein Angestellter versucht hat, die Arbeitnehmerrechte zulasten einer Gewerkschaft offenbar etwas gar arg zu seinen Gunsten zu strapazieren (wobei sich die Arbeitgeberin insgesamt relativ grosszügig gezeigt zu haben scheint). Das entbehrt nicht einer gewissen Ironie!

VI. Urheberschaft des Arbeitnehmers bei Werkerstellung im Rahmen des Arbeitsverhältnisses (Art. 332 OR; Art. 6 und Art. 17 URG)

BGE 136 III 225 (4A_638/2009) = Pra 2010 Nr. 130 S. 856 ff. = sic! 2010, 526 ff. = MediaLex 2010, 170

Ein Chemiker, Christian de Siebenthal, wurde 1978 vom Feuerwehr- und Rettungsdienst der Stadt Genf mit einem Pensum von 20% angestellt, um an der Erstellung sowie regelmässigen Aktualisierung eines hauseigenen Handbuchs mit dem Titel «Répertoire des produits dangereux» bzw. «Guide orange des sapeurs-pompiers genevois» mitzuwirken. Dieses Handbuch, bekannt als «Guide orange», hat sich über die Jahre als Standardnachschlagewerk für französischsprachige Feuerwehrleute etabliert. Es enthält ein Verzeichnis gefährlicher

Stoffe und der erforderlichen Massnahmen im Umgang mit diesen Chemikalien. Die Stadt Genf beabsichtigte im Jahr 2004, die Herausgabe und Vermarktung des «Guide orange» extern zu vergeben. Christian de Siebenthal interessierte sich für die Verwertung des «Guide» auf eigene Rechnung, wurde aber nicht berücksichtigt, worauf er im Jahr 2006 der Stadt Genf gerichtlich insbesondere die Vergabe der Vermarktung des «Guide» an einen Dritten verbieten lassen wollte. Sein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen zog er zurück, nachdem die Stadt Genf keine weiteren Schritte in diese Richtung unternommen hatte. Im März 2007 kündigte die Stadt Genf das Anstellungsverhältnis mit de Siebenthal, weil das Vertrauensverhältnis zerstört sei. Am 9. Juli 2008 klagte dieser auf *Feststellung seiner Urheberschaft* am «Guide orange». Der Rechtsstreit zog sich bis vor Bundesgericht, wo der Kläger obsiegte (vgl. auch die Besprechung dieses Urteils von LORENZA FERRARI HOFER, AJP 2010, 1613 ff.).

Die Zuordnung sowie die Nutzung von Immaterialgüterrechten, welche im Rahmen von Arbeitsverhältnissen entstehen, sind gesetzlich nur teilweise geregelt. Explizite Vorschriften enthält lediglich Art. 332 OR in Bezug auf *Erfindungen und Designs*; daneben sieht Art. 17 URG ergänzend eine *spezifische Regelung für Computerprogramme* vor, welche von Arbeitnehmern geschaffen werden. Für andere Immaterialgüter, allen voran für andere *Urheberrechte*, fehlen solche speziellen Bestimmungen (vgl. BSK OR I-PORTMANN, Art. 332 N 2). Erfindungen und Designs, die der Arbeitnehmer bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit und in Erfüllung seiner vertraglichen Pflicht macht, entstehen nach h. L. *originär* beim Arbeitgeber (STREIFF/VON KAENEL, Art. 332 N 9; BSK OR I-PORTMANN, Art. 332 N 6; WYLER, 373 f.; einlässlich auch ZK-STAEHELIN, Art. 332 N 9 f., und BK-REHBINDER, Art. 332 N 5 f., je m. Nw.; zur komplizierteren Rechtslage bei Computerprogrammen vgl. STREIFF/VON KAENEL, Art. 332 N 21, m. Nw.). Bei der Zuordnung und Nutzung anderer Rechte aber müssen einerseits die immaterialgüterrechtlichen, andererseits aber auch die arbeitsrechtlichen Grundsätze miteinander in Einklang gebracht werden. Bei urheberrechtlich geschützten Werken wendet die herrschende Lehre die sogenannte *Zweckübertragungstheorie* an, die bereits aArt. 332a OR für Muster und Modelle zugrunde lag: Nutzungsrechte an Urheberrechten und verwandten Schutzrechten *gehen insoweit durch formlosen Übertragungsakt auf den Arbeitgeber über, als es der Zweck des Arbeitsverhältnisses erfordert* (vgl. STREIFF/VON

KAENEL, Art. 332 N 20, m. Nw.; einlässlich dazu auch ZK-STAEHELIN, Art. 332a N 10 ff.). Ein anderer Teil der Lehre nimmt an, dass für die Übertragung eine *ausdrückliche vertragliche Bestimmung* erforderlich ist (WYLER, 383, m. Nw.; ähnlich auch BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, Art. 332 N 10). So oder anders verbleiben aber aufgrund des urheberrechtlichen Schöpferprinzips die *Urheberpersönlichkeitsrechte mindestens im Kerngehalt zwingend beim Arbeitnehmer* (so ausdrücklich STREIFF/VON KAENEL, Art. 332 N 20).

Im vorliegenden Fall hatte sich das Bundesgericht (noch?) nicht mit der durchaus heiklen Frage auseinanderzusetzen müssen, inwieweit die Stadt Genf als Arbeitgeberin eine Zweckübertragung beanspruchen könne. Strittig war vielmehr bloss, ob der Beschwerde führende Arbeitnehmer überhaupt Urheber bzw. zumindest Miturheber des «Guide orange» im Sinne des Urheberrechtsgesetzes ist. Das Bundesgericht machte deutlich, dass *das Schöpferprinzip nach Art. 6 URG auch bei Arbeitsverhältnissen uneingeschränkt Geltung hat*. So hindert die Schaffung eines Werks im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses den Arbeitnehmer nicht daran, den Urheberstatus zu erlangen (BGE 136 III 225 E. 4.3 S. 229, m. Nw.). *Dies setzt aber immer voraus, dass der Arbeitnehmer einen schöpferischen Beitrag leistet*. Nicht Urheber bzw. Miturheber wird hingegen ein Arbeitnehmer, der lediglich Anweisungen ausführt, ohne dass ein Spielraum für seine eigene Kreativität verbleibt (BGE 136 III 225 E. 4.3 S. 230). *Eine solche untergeordnete Mitwirkung als Gehilfe wäre urheberrechtlich ohne Wirkung*. Im vorliegenden Fall kam das Bundesgericht indessen zum Schluss, Christian de Siebenthal sei nachgewiesenermassen als Miturheber des «Guide orange» zu qualifizieren. Über die weiteren Folgen dieser Feststellung musste es sich nicht äussern.

VII. Zulässigkeit von Kündigungen im Vorfeld einer Betriebsübertragung (Art. 333 OR)

BGE 136 III 552 (4A_348/2010 und 4A_358/2010) =
Pra 2011 Nr. 41 S. 292 ff. = SJ 2011 I 34 ff.

Y führte als Einzelunternehmer mit 26 Angestellten einen Ambulanzdienst. Da der Betrieb defizitär geworden war, wollte er diese Tätigkeit aufgeben. Er kontaktierte ein anderes Unternehmen mit Am-

bulanzdienst, die X SA, um eine Betriebsübertragung zu prüfen. Trotz diesen laufenden Bemühungen um einen Betriebsübergang kündigte Y im Juli 2008 all seinen Angestellten per 30. September 2008. Wenig später, im August 2008, informierte er die Angestellten, es liege ein konkretes Angebot der X SA vor. Diese sei grundsätzlich bereit, einen Grossteil der Aktivitäten sowie der Angestellten seines Betriebes zu übernehmen. Zudem erklärte er gegenüber 20 seiner Angestellten, die ausgesprochenen Kündigungen seien «nul et non avenue» (null und nichtig) und die Arbeitsverträge würden auf die Interessentin übertragen. Am 19. August 2008 erteilten die Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG) die Zustimmung zur Übertragung von zwei bedeutenden bisherigen Leistungsverträgen mit Y auf die X SA. Y und die X SA schlossen daraufhin am 29. September 2008 eine Vereinbarung, wonach die Aktivitäten von Y per 1. Oktober 2008 auf die X SA übergehen sollten.

A war eine der sechs Angestellten, deren Kündigung von Y nicht zurückgezogen worden war. Mit Schreiben vom 19. September 2008 forderte sie die Kündigung als missbräuchlich sowie Art. 333 OR verletzend an. Die X SA bestritt gegenüber A schriftlich den Übergang des Arbeitsverhältnisses, löste aber den Arbeitsvertrag vorsorglich per 31. Dezember 2008 für den Fall auf, dass gerichtlich von einem Übergang ausgegangen würde. In der Folge klagte A sowohl gegen Y als auch die X SA. Das Verfahren zog sich (ebenso wie die entsprechenden Verfahren dreier weiterer gekündigter Angestellter) bis vor Bundesgericht. Dieses kam zum Ergebnis, dass das Arbeitsverhältnis auf Ende September 2008 gültig gekündigt worden und daher nicht auf die X SA übergegangen sei. Demgemäss wurde die X SA nicht ersatzpflichtig. Hingegen hat Y – was hier jedoch nicht von Interesse ist – eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung an A zu leisten, da er die Vorschriften über Massentlassungen nach Art. 335f OR nicht eingehalten hatte (vgl. die ausführliche Besprechung dieses Urteils von DAMIEN OPPLIGER/SILVIO MIRRA in Jusletter vom 26. März 2012 sowie die Kurzhinweise von RÉMY WYLER, JdT 2011 II 203 ff., 214, und von THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/11, 53 ff., 55).

Art. 333 Abs. 1 OR sieht bei Betriebsübertragungen den Übergang der bestehenden Arbeitsverhältnisse ex lege vor. Im vorliegenden Fall musste sich das Bundesgericht mit zwei zentralen Fragen auseinandersetzen: Erstens, ob überhaupt eine Betriebsübertragung im

Sinne des Gesetzes vorliege, und bejahendenfalls zweitens, ob die mittels Kündigung durch den bisherigen Arbeitgeber beabsichtigte Beendigung von Arbeitsverhältnissen kurz vor einer Betriebsübertragung zulässig und wirksam sei. Der ersten Frage widmete das Bundesgericht nur gerade zwei kurze Erwägungen und kam dabei zum Schluss, im vorliegenden Falle reichten die Umstände bei Weitem aus, um von einer Betriebsübertragung nach Art. 333 Abs. 1 OR auszugehen. Als konkrete Umstände nannte es die Übernahme der wesentlichen Tätigkeiten des Betriebes von Y, die gleichen Haupttätigkeiten der beiden Unternehmen Y und X SA, die Übertragung der zwei Verträge mit den HUG sowie die Weiterarbeit der meisten Angestellten von Y in der X SA. Es bekräftigte bei der rechtlichen Würdigung einmal mehr, massgebend sei, ob der Unternehmer dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit tatsächlich weiterführt oder wieder aufnimmt (BGE 136 III 552 E. 2.1 und E. 2.2 S. 555; vgl. neuerdings einlässlich zum Tatbestand des Betriebsübergangs i. S. v. Art. 333 OR ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Zürich/Basel/Genf 2011, 67 ff.).

Ausführlicher widmete sich das Bundesgericht der zweiten, vorliegend wesentlich wichtigeren Frage, nämlich derjenigen *nach der Zulässigkeit von betriebsübergangsbedingten Kündigungen*. Diese in der Lehre umstrittene Frage harrete seit Langem einer höchststrichterlichen Klärung (vgl. dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2008, 318 ff., 338, und DERS., ZBJV 2011, 406 ff., 411 f.). Bis anhin hatte das Bundesgericht bloss in obiter dicta ausgeführt, dass eine Kündigung dann gegen Art. 333 OR verstosse, wenn sie im Hinblick auf eine Betriebsübernahme zu dem Zweck ausgesprochen werde, dem Arbeitnehmer den gesetzlichen Schutz zu entziehen; die Konsequenzen einer solchen Kündigung hatte es dabei allerdings offengelassen (BGE 127 V 183 E. 7 S. 194; Bundesgerichtsurteil 4P.299/2004 vom 14. April 2005, E. 3.1; Bundesgerichtsurteil 4C.333/1998 vom 7. Januar 1999).

Zunächst stellte das Bundesgericht fest, dass grundsätzlich nur Arbeitsverhältnisse in den Genuss von Art. 333 OR kommen könnten, die im Zeitpunkt der Betriebsübertragung noch bestünden. Endige ein Arbeitsverhältnis vorher und habe der Arbeitgeber im Hinblick auf den Betriebsübergang gekündigt, müsse aber geprüft werden, ob die Kündigung irregulär («irrégulière») sei und welche Folge dies nach sich ziehen würde (vgl. BGE 136 III 552 E. 3.1 S. 556). Die in der Lehre dazu bestehenden unterschiedlichen Ansichten wurden vom

Bundesgericht kurz dargelegt (vgl. BGE 136 III 552 E. 3.2 S. 556 ff.; einlässlich dazu jetzt WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, a. a. O., 253 ff.; summarisch bereits TH. KOLLER, a. a. O., ZBJV 2011, 411 f.). Dabei verwies es auch auf einen Aufsatz von WILDHABER, welche sich eingehend mit der Problematik des Kündigungsschutzes bei Betriebsübergang auseinandergesetzt hatte (ISABELLE WILDHABER, Die Streitfrage um einen besonderen Kündigungsschutz bei Betriebsübergang, SJZ 2008, 185 ff.). Darin vergleicht sie den Kündigungsschutz bei Betriebsübergängen in der EU mit demjenigen in der Schweiz und stellt fest, dass im Ergebnis beide sehr ähnlich seien. Soll mit Kündigungen eine Umgehung der betriebsübergangsbedingten Schutzvorschriften bezweckt werden, müssten solche Kündigungen auch in der Schweiz unwirksam sein. Keine Gesetzesumgehung liege auch in der Schweiz vor, wenn die Kündigungen auf einem unternehmerischen Konzept bzw. auf wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen beruhen (WILDHABER, a. a. O., 194; vgl. jetzt einlässlich auch DIES., Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, a. a. O., 253 ff.). Das Ergebnis von WILDHABER erstaunt grundsätzlich nicht, hat doch der schweizerische Gesetzgeber das schweizerische Arbeitsrecht in diesem Bereich bewusst durch autonomen Nachvollzug europakompatibel ausgestalten wollen. Zudem wird in Lehre und Rechtsprechung überwiegend anerkannt, dass für die Auslegung von Art. 333 OR das diesbezügliche europäische Recht herangezogen werden müsse (so ausdrücklich nun wieder BGE 136 III 552 E. 3.3 S. 558 f.; grundlegend bereits 129 III 335 E. 6 S. 350 ff. und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2004, 483 ff., 533 f.). Fraglich kann aber sein, inwieweit nicht nur die europäische Rechtslage, die im Zeitpunkt der Anpassung des Binnenrechts durch den Gesetzgeber (hier also im Jahr 1993) galt, sondern darüber hinaus auch die Weiterentwicklung des Rechts, mit dem eine Harmonisierung angestrebt wurde, zu berücksichtigen ist. Für eine weitgehende Berücksichtigung bisheriger Entwicklungen sprach sich das Bundesgericht etwa in BGE 129 III 335 aus (BGE 129 III 335 E. 6 S. 350; vgl. auch BSK OR I-PORTMANN, Art. 333 N 2; THOMAS PIETRUSZAK, Betriebsübergang bei Arbeitsverhältnissen im Konzern – Urteil des EuGH vom 21. Oktober 2010, Rs C-242/09 [«Albron Catering»], und die Rechtslage in der Schweiz, ARV 2011, 23 ff.).

Im vorliegenden Fall hat sich das Bundesgericht bei der Auslegung von Art. 333 OR darauf beschränkt, den Wortlaut der 1993

autonom nachvollzogenen Richtlinie 77/187/EWG vom 14. Februar 1977 heranzuziehen. Auf eine Auseinandersetzung mit allfälliger aktueller EuGH-Rechtsprechung sowie der heute geltenden Richtlinie 2001/23/EG vom 12. März 2001, welche die bisherige Richtlinie 77/187/EWG ersetzt hat, verzichtete es (vgl. demgegenüber jetzt BGE 137 III 487 E. 4.6. S. 495 f., wo das Bundesgericht direkt auf die neue Richtlinie verwies). Die Berücksichtigung der aktuellen europäischen Rechtslage hätte aber ohnehin, wie sich bei WILDHABER zeigt, zu keiner unterschiedlichen Lösung geführt (vgl. WILDHABER, a. O., SJZ 2008, 185 ff.; DIES., Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, a. a. O., 253 ff.), zumal der Wortlaut von Art. 4 Ziff. 1, auf den sich das Bundesgericht beruft (dazu sogleich), in beiden Richtlinien identisch ist.

Das Bundesgericht verzichtete im Übrigen auch auf eine eingehende Auseinandersetzung mit den in der Schweiz herrschenden Lehrmeinungen und belies es bei der bereits erwähnten kurzen Übersicht dazu. Es gelangte direkt gestützt auf Art. 4 Ziff. 1 der Richtlinie 77/187/EWG zu folgender Kernaussage: «C'est dire qu'un licenciement lié au transfert ne constitue pas nécessairement une fraude à la loi. Celle-ci sera réalisée lorsque la résiliation a uniquement pour but d'empêcher le transfert des rapports de travail ou ses conséquences. Par exemple, le cédant ne peut pas résilier les contrats de tout ou partie de ses employés, afin que ceux-ci concluent ensuite de nouveaux contrats avec le cessionnaire et perdent ainsi les avantages découlant de la durée des contrats initiaux. De même, il n'est pas admissible que le cédant licencie une ou des personnes déterminées uniquement parce que le reprenant n'en veut pas. En revanche, la résiliation des contrats d'une partie du personnel n'est pas contraire à l'art. 333 al. 1 CO si elle est justifiée par des raisons économiques, par exemple une réorganisation de l'entreprise transférée» (BGE 136 III 552 E. 3.3 S. 558 f.).

Im konkreten Fall führte das Bundesgericht aus, dass der Personalabbau durch Y aufgrund struktureller Defizite im Hinblick auf die Unternehmensübertragung wirtschaftlich geboten war. Es lag somit keine Gesetzesumgehung vor, und die ausgesprochenen und nicht zurückgenommenen Kündigungen waren gültig (BGE 136 III 552 E. 5.2 S. 561 f.). Sie erwiesen sich aber als missbräuchlich, da Y die Vorschriften über Massentlassungen nach Art. 335f OR nicht eingehalten hatte (in BGE 136 III 552 nicht publizierte E. 6).

Der Entscheid des Bundesgerichts, nicht jede betriebsübergangsbedingte Kündigung stelle eine Umgehung von Art. 333 OR dar, ist in der Lehre auf Zustimmung gestossen (BSK OR I-PORTMANN, Art. 333 N 10; WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, a. a. O., 256 ff.). Er entspreche dem Prinzip der Kündigungsfreiheit, und ein besonderer sachlicher Kündigungsschutz beim Betriebsübergang scheitere am Fehlen einer gesetzlichen Grundlage (WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, a. a. O., 258). Der Entscheid vermeide die für die Arbeitnehmer letztlich nachteilige Konsequenz, dass die Sanierung maroder Unternehmen scheitere und entsprechend viele Arbeitsplätze verloren gehen würden (BSK OR I-PORTMANN, Art. 333 N 10). Dem wird man grundsätzlich zustimmen können. Weitere Fälle werden in der Zukunft allerdings zeigen müssen, wo genau die Grenze zwischen zulässigen Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen und unzulässigen, bloss die Umgehung von Art. 333 OR bezweckenden Kündigungen gezogen wird. Diese Grenzziehung dürfte oft nicht einfach sein, vor allem wenn man bedenkt, dass (gemäss Bundesgericht) z. B. Kündigungen nicht angängig sind, wenn der Erwerber gewisse Arbeitnehmer nicht übernehmen will, wohl aber wenn sie auf einer Reorganisation des übertragenen Unternehmens beruhen. Denn es liegt doch auf der Hand: Unter dem Deckmantel der Betriebsreorganisation lassen sich letztlich beinahe immer unliebsame Arbeitnehmer wegrationalisieren.

Keine wirkliche Klarheit bringt das hier besprochene Urteil zur Frage, welches die Rechtsfolge einer Kündigung ist, die als Umgehung von Art. 333 OR qualifiziert werden muss. Ist eine solche Kündigung nichtig oder bloss missbräuchlich i. S. v. Art. 336 ff. OR (konkret wohl gestützt auf Art. 336 Abs. 1 lit. c OR)? Die Unterscheidung ist grundlegend: Im Falle der Nichtigkeit der Kündigung geht das Arbeitsverhältnis auf den Betriebsübernehmer über und dauert weiter, während es im Falle der Missbräuchlichkeit wirksam beendet wird (ein Übergang also nicht stattfindet) und der Arbeitnehmer nur einen Anspruch auf eine Rechtsverletzungsbusse nach Art. 336a OR hat (für die allerdings der Übernehmer gemäss Art. 333 Abs. 3 OR solidarisch mit dem bisherigen Arbeitgeber haftet [OPPLIGER/MIRRA, a. a. O., Rz. 45]). Aus der Wendung «*Dès lors qu'il n'y a pas été signifié en violation de l'art. 333 al. 1 CO, le licenciement de l'intimée ne saurait être nul*» (BGE 136 III 552 E. 5.2 S. 562) wird man wohl mit der gebotenen Vorsicht den Umkehrschluss ziehen dürfen, dass das Bundesgericht

eine betriebsübergangsbedingte Kündigung, welche eine Gesetzesumgebung bezweckt, als nichtig erachten würde (so auch BSK OR I-PORTMANN, Art. 333 N 10 in fine). Von der Sache her wäre dies gerechtfertigt (WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, a. a. O. 260; TH. KOLLER, a. a. O., ZBJV 2008, 338, und ZBJV 2011, 411 f.). WYLER (a. a. O., 214) ist allerdings der Meinung, das hier besprochene Urteil lasse keinen Raum, die Nichtigkeit der Kündigung anzunehmen, und OPPLIGER/MIRRA legen einlässlich dar, weshalb aus ihrer Sicht eine entsprechende Kündigung nur nach Art. 336 ff. OR zu beurteilen sei. Bemerkenswert ist immerhin, dass sich alle drei Autoren doch für Nichtigkeit aussprechen, wenn die Kündigung keinen realen Hintergrund habe («... ne correspond pas à une réalité matérielle»), d. h. wenn die Kündigung nur ausgesprochen werde, um einen Übergang des Arbeitsverhältnisses zu verhindern, und der Arbeitnehmer vom Unternehmer sofort wieder angestellt werde (WYLER, a. a. O., 214; OPPLIGER/MIRRA, a. a. O., Rz. 45 in fine).

VIII. Keine Verlängerung der Probezeit aufgrund unbezahlten Urlaubes (Art. 335b und Art. 336c Abs. 1 lit. c OR)

BGE 136 III 562 (4A_406/2010) = Pra 2011 Nr. 52

S. 363 ff. = SJ 2011 I 2 ff.

X arbeitete im Monat Oktober 2008 als Aushilfskraft in einem Kaffee-Restaurant in Genf, welches der Y SA gehörte. Ab 1. November 2008 wurde sie dort als Buffetdame mit einem Vollzeitpensum angestellt. Der entsprechende Vertrag wurde am 6. Dezember 2008 unterzeichnet; dieser sah eine Probezeit von drei Monaten vor, während welcher mit einer Frist von drei Tagen gekündigt werden konnte. Zudem verwies er auf den Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes (hiernach L-GAV Gastgewerbe). Vom 7. Dezember 2008 bis 12. Januar 2009 bezog X mit dem Einverständnis der Arbeitgeberin unbezahlten Urlaub. Am 29. Januar 2009 kündigte die Y SA das Arbeitsverhältnis per 2. Februar 2009, wobei X im Kündigungszeitpunkt schwanger war. Vom 30. Januar bis 15. Februar 2009 war die Angestellte wegen Krankheit teilweise arbeitsunfähig. Sie klagte am 16. April 2009 gegen die Y SA und machte geltend, dass die Kündigung aufgrund ihrer Schwangerschaft und ihrer teilweise krankheits-

bedingten Arbeitsunfähigkeit nichtig sei. Das angerufene Gericht entschied, die Probezeit sei im Zeitpunkt der Kündigung bereits abgelaufen gewesen; die Kündigung sei somit wegen der damaligen Schwangerschaft der Arbeitnehmerin nichtig (Art. 336c Abs. 1 lit. c OR). Dieses Urteil wurde oberinstanzlich bestätigt; das Bundesgericht wies eine dagegen erhobene Beschwerde in Zivilsachen ab (vgl. für den Sachverhalt auch die Ausführungen im nicht amtlich publizierten Urteilstext sowie zum Entscheid insgesamt die Besprechung von GEORGES CHANSON, arvonline 2010 n. 677).

Keinen Anlass zur Diskussion hatte im vorliegenden Fall die Frage gegeben, ob die Dauer, während der X als Aushilfskraft bereits im Kaffee-Restaurant gearbeitet hatte, an die Probezeit anzurechnen sei oder nicht. Unbestritten war nämlich, dass die Probezeit bereits am 9. Oktober 2008 zu laufen begonnen hatte (nicht amtlich publizierter E. 2 des Urteils). Wird zwischen den gleichen Parteien ein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen, so wird in Lehre und Praxis zu Recht davon ausgegangen, dass – von wenigen Ausnahmen abgesehen (etwa bei der Übernahme einer völlig andersgearteten Funktion) – nicht eine neue Probezeit beginnen kann. Damit wird eine Umgehung von Art. 335b Abs. 2 OR verhindert, der eine maximal zulässige Probezeit von drei Monaten vorsieht (vgl. insgesamt zu dieser Problematik BSK OR I-PORTMANN, Art. 335b N 5, STREIFF/VON KAENEL, Art. 335b N 3). Nach Berechnung der Vorinstanz endete die Probezeit für X am 9. Januar 2009 (nicht amtlich publizierter E. 2 des Urteils; kritisch zu dieser Fristberechnung CHANSON, a. a. O., für den vorliegenden Fall im Ergebnis aber ohne Relevanz). Völlig zu Recht weist CHANSON indessen darauf hin, dass die 14-tägige Probezeit nach Art. 5 Abs. 1 L-GAV Gastgewerbe, welche schriftlich verlängert werden kann, bei der Unterzeichnung des neuen Arbeitsvertrages bereits abgelaufen war. Eine Rücksetzung in die Probezeit wäre damit eigentlich ausgeschlossen gewesen. Mangels entsprechender Rüge seitens der Angestellten musste sich das Bundesgericht damit jedoch nicht auseinandersetzen (vgl. CHANSON, a. a. O.; zum «Rücksetzungsverbot» nach Ablauf der Probezeit allgemein ZK-STAEHELIN, Art. 335b N 11; GEISER/MÜLLER, Rz. 283; BSK OR I-PORTMANN, Art. 335b N 4; WYLER, 447).

Vielmehr hatte das Bundesgericht die Gelegenheit, die Tragweite von Art. 335b Abs. 3 OR zu verdeutlichen. Diese Bestimmung sieht vor, dass sich die Probezeit verlängert, wenn diese infolge Krankheit,

Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht effektiv verkürzt wird. *Das Bundesgericht hielt – in Übereinstimmung mit der Lehre – klar fest, dass diese Aufzählung der Verlängerungsgründe abschliessend sei* (BGE 136 III 562 E. 3 S. 564). Demgemäss würden Ferien keine Verlängerung der Probezeit bewirken. Unerheblich ist gemäss Bundesgericht zudem, ob jemand Voll- oder bloss Teilzeitarbeit verrichte. Die Probezeit bestimmt sich nach Kalendertagen bzw. Kalendermonaten, unabhängig von den tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden. *Entscheidend für die Fristberechnung ist mithin nicht die Dauer der verrichteten Arbeit, sondern die Dauer des Arbeitsverhältnisses* (BGE 136 III 562 E. 3 S. 563 f.). *Ein unbezahlter Urlaub kann daher die Probezeit nicht verlängern.*

Während der Dauer der Probezeit fehlt zwar nicht der sachliche, jedoch der zeitliche Kündigungsschutz. Sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber haben damit die Dauer der Probezeit sowie mögliche Verlängerungsgründe, welche die Probezeit gar über die maximal zulässige Dauer von drei Monaten erstrecken können (vgl. STREIFF/VON KAENEL, Art. 335b N 13), eine erhebliche Bedeutung. Mit dem vorliegenden Entscheid stärkt das Bundesgericht durch seine Auslegung von Art. 335b Abs. 3 OR den Arbeitnehmerschutz (vgl. CHANSON, a. O.). Sachlich ist die Begrenzung der Verlängerungsgründe gerechtfertigt, denn zum einen steht es dem Arbeitgeber in aller Regel frei, eine Probezeit mit der maximalen Dauer von drei Monaten zu vereinbaren. Zum andern kann er wohl meist problemlos den Bezug von Ferien sowie generell den Bezug unbezahlten Urlaubes in der Probezeit verweigern. Den Zeitpunkt der Ferien bestimmt nämlich der Arbeitgeber nach Art. 329c Abs. 2 OR selber, wobei er die Wünsche des Arbeitnehmers so weit zu berücksichtigen hat, als dies mit den Interessen des Betriebes vereinbar ist. Als betriebliches Interesse, welches gegen einen Ferienbezug während der Probezeit spricht, dürfte auch die Möglichkeit der vollen Ausschöpfung der «Kennenlernphase» gelten. Ein Anspruch auf unbezahlten Urlaub besteht dagegen generell nicht. Dies veranschaulicht, dass es der Arbeitgeber weitgehend selber in der Hand hat, die Probezeit nicht (faktisch) verkürzen zu lassen. Zeigt er sich dennoch dazu bereit, etwa durch Gewährung von Ferien oder unbezahltem Urlaub, muss er sich – spätestens mit dem vorliegenden Entscheid – bewusst sein, dass ihm sein Entgegenkommen allenfalls zum Nachteil gereichen kann.

Grundsätzlich steht dem Arbeitgeber indessen eine andere Möglichkeit offen: Die Parteien können vertraglich (unter Wahrung der Schriftform [Art. 335b Abs. 2 OR]) die Probezeitverlängerung auf weitere als die in Art. 335b Abs. 3 OR vorgesehenen Arbeitsverhinderungsgründe – so z. B. auch auf unbezahlte Urlaube – ausdehnen. Da mit einer solchen Regelung die Maximalfrist von drei Monaten nicht überschritten werden darf (BSK OR I-PORTMANN, Art. 335b N 8; STREIFF/VON KAENEL, Art. 335b N 13; für die Zulässigkeit der Überschreitung dieser Frist demgegenüber BK-REHBINDER, Art. 335b N 5, und BRÜHWILER, Art. 335b N 7), hätte in casu eine solche Vereinbarung dem Arbeitgeber allerdings nichts gebracht.

IX. Missbräuchlichkeit einer Kündigung bei schwierigem Charakter des Arbeitnehmers (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR)

BGE 136 III 513 (4A_408/2010) = Pra 2011 Nr. 40
S. 288 ff. = SJ 2011 I 24 ff.

X war ab 1. Oktober 2002 als Systemingenieur und Projektleiter bei der im Informatikbereich tätigen Y SA angestellt. Im Jahr 2004 erhielt er ein sehr gutes Zwischenzeugnis sowie die höchste Gratifikationszahlung, welche an einen Mitarbeitenden ausgerichtet wurde. Zu Beginn des Jahres 2005 wurde er zum Prokuristen mit Kollektivzeichnungsberechtigung ernannt. Im Juli 2005 trat ein neuer Direktor sein Amt bei der Y SA an. Nach einer hitzigen Unterredung am 2. September 2005 setzte der neue Direktor dem X mit einer schriftlichen Verwarnung vom 5. September 2005 eine Frist bis Ende des Monats, seine negative Arbeitshaltung zu ändern. X sah sich daraufhin vom 8. bis 18. September 2005 aufgrund beruflichen Stresses nicht in der Lage, zu arbeiten. Über einen Anwalt nahm er mit Schreiben vom 1. November 2005 zur Verwarnung Stellung. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2005 kündigte schliesslich die Y SA dem X per Ende Februar 2006 unter sofortiger Freistellung. Sie brachte vor, die Arbeitshaltung von X habe sich nicht verbessert, im Gegenteil, sie destabilisiere das Unternehmen und gefährde die Beziehungen mit der Kundschaft. X erachtete diese Kündigung als missbräuchlich und klagte gegen seine frühere Arbeitgeberin.

Im Rahmen des anschliessenden Gerichtsverfahrens sind zahlreiche Zeugen einvernommen worden. Eine signifikante Anzahl dieser Zeugen hat übereinstimmend bestätigt, dass sich X irritierend, aufbrausend und aggressiv aufgeführt sowie ein schlechtes Arbeitsklima geschaffen habe. Gemäss einem selber besonders betroffenen Mitarbeiter hat sich dies offenbar bereits ab Frühling 2003 manifestiert. Anders wohl als der frühere Direktor bekam auch der neue Direktor den schwierigen Charakter von X sofort zu spüren. X pflegte diesen insbesondere geringschätzig als «petit bonhomme» zu bezeichnen. Nachdem X vor erster Instanz mit seinen Rechtsbegehren praktisch gänzlich unterlegen war, verneinte auch die zweite Instanz eine missbräuchliche Kündigung. Mit seiner Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht blieb X erfolglos (zustimmend zu diesem Urteil BSK OR I-PORTMANN, Art. 336 N 8a; vgl. auch die Kurzhinweise bei THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/11, 53 ff., 54; THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2011, 336 ff., 339).

Das Bundesgericht verneinte das Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung. *Einerseits erwies sich die Kündigung nicht als Rachekündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR.* Zwar hatte X Auskunft betreffend mögliche Kommissionen, die Handhabung von Überstunden sowie die Feriendaten und die Ausstellung eines Zwischenzeugnisses verlangt. Gemäss verbindlicher Feststellung der Vorinstanz vermochte dies aber den Kündigungsentschluss der Arbeitgeberin nicht zu beeinflussen. An der natürlichen Kausalität zwischen dem Geltendmachen von Ansprüchen und dem Kündigungsentschluss, welche tatsächlicher Natur ist, fehlte es somit (BGE 136 III 513 E. 2.6 S. 517 f.). Andererseits war auch der Tatbestand von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR nicht erfüllt. *Gemäss verbindlicher Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz verfügte X über Charaktereigenschaften, welche das Arbeitsklima bei der Y SA offensichtlich stark beeinträchtigt hatten.* Unter diesen Umständen könne man – so das Bundesgericht – nicht sagen, die Kündigung beruhe auf keinem schutzwürdigen Interesse. Da das Verhalten von X die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt hatte, erübrigte sich eine Prüfung, ob die dem X vorgehaltenen Eigenschaften ihm kraft seiner Persönlichkeit zustehen oder nicht (BGE 136 III 513 E. 2.6 S. 516).

Mit Art. 336 Abs. 1 lit. a OR soll verhindert werden, dass Angestellte ihre Arbeit aufgrund von persönlichen Eigenschaften verliehen, die sie nicht beeinflussen können oder welche in keinem Zusam-

menhang mit der Arbeitstätigkeit stehen. Persönliche Eigenschaften sind etwa Rasse, Geschlecht, Alter, körperliche Merkmale, Krankheiten, Behinderungen, Herkunft, Nationalität, Familienstand, sexuelle Orientierung, Religion, Weltanschauung, Partner- oder Verwandtschaft zu bestimmten Drittpersonen oder auch Vorstrafen (vgl. STREIFF/VON KAENEL, Art. 336 N 5; BSK OR I-PORTMANN, Art. 336 N 5; WYLER, 540 ff.). Bereits diese Aufzählung verdeutlicht, dass gewisse persönliche Eigenschaften je nach deren Ausprägung und der Art der Arbeit durchaus einen unmittelbaren Zusammenhang mit der Arbeitstätigkeit aufweisen können und daher aufgrund der Rechtsfertigungsgründe in Art. 336 Abs. 1 lit. a OR eine Kündigung erlauben. Wer etwa eine schwere Krankheit erleidet, welche die bisherige Arbeitstätigkeit einschränkt oder verunmöglicht, darf nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes entlassen werden (BGE 123 III 246 E. 5 S. 255; BSK OR I-PORTMANN, Art. 336 N 6).

Nicht klar ist hingegen, ob bzw. inwieweit der Charakter einer Person zu den Eigenschaften kraft Persönlichkeit im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR gehört. Soweit Charakterzüge und Verhaltensmuster veränderbar sind, dürfte keine solche Eigenschaft vorliegen. Die Abgrenzung zu nicht abänderbaren oder zumindest stark verfestigten Charakterzügen, welche als persönliche Eigenschaft gelten könnten, ist aber durchaus schwierig (vgl. STREIFF/VON KAENEL, Art. 336 N 5). Der Arbeitnehmer soll jedoch für seinen Umgang gegenüber Vorgesetzten, Mitarbeitern und Kunden wenn immer möglich die volle Verantwortung übernehmen und sein wenig sozialverträgliches Verhalten am Arbeitsplatz nur ausnahmsweise mit Verweis auf seinen «unabänderlichen» Charakter rechtfertigen dürfen. Das Bundesgericht hat sich im vorliegenden Fall nicht auf diese heikle Diskussion eingelassen, sondern direkt an den Auswirkungen der Charaktereigenschaften von X angeknüpft. Da sich diese erwiesenermassen erheblich und nachteilig auf das Betriebsklima ausgewirkt hatten, mussten sie von der Arbeitgeberin nicht hingenommen werden. Diese konnte sich daher für die Kündigung direkt auf die in Art. 336 Abs. 1 lit. a OR aufgeführten Rechtsfertigungsgründe stützen (BGE 136 III 513 E. 2.6 S. 516; im gleichen Sinne früher bereits auch BRÜHWILER, Art. 336 N 2 in fine). Dieser ergebnisorientierte Ansatz ist – gerade auch im Interesse der andern Mitarbeiter – zu begrüssen, zumal die Y SA dem X erst nach einer nutzlosen Unterredung und Verwarnung gekündigt hatte. Zudem darf von einem Kaderangehörigen wie dem

X eine höhere Sozialkompetenz im Umgang mit Vorgesetzten, Mitarbeitern und Kunden erwartet werden als von gewöhnlichen Mitarbeitern. Denn negative Charaktereigenschaften von solchen Personen können den ganzen Betrieb schwerwiegend beeinträchtigen.

PORTMANN will im hier besprochenen Urteil eine «bedeutsame Wende» erblicken. In früheren Entscheidungen habe das Bundesgericht ausgeführt, dass eine Kündigung nicht missbräuchlich sei, wenn wegen des schwierigen Charakters eines Arbeitnehmers eine konfliktgeladene Situation am Arbeitsplatz entstanden sei und wenn der Arbeitgeber zuvor sämtliche ihm zumutbaren Vorkehren getroffen habe, um den Konflikt zu entschärfen (BSK OR I-PORTMANN, Art. 336 N 8a, unter Verweis auf BGE 132 III 115 [siehe zu diesem Urteil auch THOMAS KOLLER, ZBJV 2008, 318 ff., 338 ff.]). Ungenügende Bemühungen zur Lösung des Konflikts seien als Verletzung der Fürsorgepflicht gewertet und als Grund für die Missbräuchlichkeit betrachtet worden. Im vorliegenden Entscheid werde nun die wichtige Einschränkung, dass der Arbeitgeber vor der Kündigung sämtliche ihm zumutbaren Vorkehren zur Entschärfung des Konflikts zu treffen habe, nicht erwähnt. Dieser Akzentverschiebung sei zuzustimmen (a. a. O.). Ob hier von einer «Wende» bzw. von einer Akzentverschiebung effektiv die Rede sein kann, ist indessen fraglich, kommt doch das Bundesgericht aufgrund einer Würdigung der konkreten Umstände des Falles zum Schluss, der Arbeitgeberin könne nicht vorgeworfen werden, sie habe keine adäquaten Massnahmen getroffen, um den Konflikt zu entschärfen (BGE 136 III 513 E. 2.6 S. 516 f.).

X. Rechtzeitigkeit einer Einsprache gegen eine Kündigung während der Probezeit bei verkürzter Kündigungsfrist (Art. 336b OR)

BGE 136 III 96 (4A_347/2009)

Die Arbeitgeberin, eine GmbH, betrieb einen Nachtclub, worin sie einerseits Bardamen und andererseits sogenannte «Tänzerinnen» als Prostituierte beschäftigte (Anführungszeichen nach Bundesgericht!). Noch während der Probezeit kündigte sie einer Arbeitnehmerin, welche als Bardame angestellt war. Der Arbeitsvertrag sah eine Probezeit von drei Monaten und während dieser Zeit eine Kün-

digungsfrist von drei Tagen vor. Das Kündigungsschreiben vom 9. August 2004 übergab die Arbeitgeberin der Post am 10. August 2004 als Einschreiben (ob und wann dieses Schreiben der Arbeitnehmerin zugeing, ist aus dem Urteil nicht ersichtlich). Zudem eröffnete sie die Kündigung der Arbeitnehmerin am 12. August 2004 mündlich. Mit Schreiben vom 18. August 2004 erhob die Arbeitnehmerin Einsprache und brachte vor, die Kündigung sei missbräuchlich. Diese sei erfolgt, weil sie nicht bereit gewesen sei, sich im Betrieb zu prostituieren und mit dem Geschäftsführer den Geschlechtsverkehr zu vollziehen. Nachdem die Arbeitgeberin vom Obergericht des Kantons Zürich unter anderem zu einer Entschädigung von Fr. 13 800.– verurteilt worden war, gelangte sie mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht (vgl. auch die Besprechung dieses Urteils von GEORGES CHANSON, arvonline 2010 n. 412, sowie die Hinweise bei THOMAS GEISER, AJP 2011, 243 ff., 248, THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2011, 336 ff., 339, und THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/10, 39 ff., 40 f.). Das Bundesgericht hatte zu klären, ob die Einsprache gegen die Kündigung rechtzeitig erfolgt und damit eine unabdingbare formelle Voraussetzung für eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung überhaupt erfüllt war (vgl. zur Unabdingbarkeit etwa STREIFF/VON KAENEL, Art. 336b N 3, sowie WYLER, 553 f., bei- de mit Einschränkung bei Rechtsmissbrauch).

Mit Verweis auf ein früheres Urteil hielt die I. zivilrechtliche Abteilung zunächst fest, dass auch eine Kündigung während der Probezeit dem sachlichen Kündigungsschutz nach Art. 336 OR unterliege, wobei jedoch aufgrund des Zwecks der Probezeit die Missbrauchsbestimmungen nur in abgeschwächter Form zur Anwendung gelangen würden (BGE 136 III 96 E. 2 S. 97, mit Verweis auf BGE 134 III 108 [siehe zu Letzterem THOMAS KOLLER/MICHAEL S. GRABER, ZBJV 2010, 1082 ff., 1086 ff.]). Im Weiter hielt das Bundesgericht dafür, dass sich das Verfahren und damit die Rechtzeitigkeit der Einsprache konsequenterweise auch bei der Probezeit grundsätzlich nach Art. 336b OR beurteilen würde: Nach dieser Bestimmung muss die Einsprache längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich erhoben werden. Gemäss Bundesgericht gilt dies grundsätzlich auch bei einer Kündigung während der Probezeit, selbst wenn die Kündigungsfrist von den Parteien vertraglich verkürzt wird. Eine Ausnahme will das Bundesgericht nur machen, wenn die Kündigungsfrist derart verkürzt oder gänzlich wegbedungen wird, dass es dem

Arbeitnehmer nicht zumutbar ist, fristgerecht Einsprache zu erheben (BGE 136 III 96 E. 3.4 S. 100). Anschliessend kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der Arbeitnehmerin in casu eine Einsprache binnen der Kündigungsfrist von drei Tagen möglich und zumutbar gewesen wäre (nicht publizierte E. 4.1 des besprochenen Entscheids). Daher hiess es die Beschwerde gut.

Das Urteil ist in verschiedener Hinsicht problematisch:

a) In der Literatur ist umstritten, wie die Frist von Art. 336b OR gewahrt werden kann. Die herrschende Lehre erachtet den *Zugang der schriftlichen Einsprache* beim Adressaten als massgebenden Zeitpunkt; eine Mindermeinung spricht sich dagegen für das *Absendepunkt* aus, mithin für die fristwahrende Postaufgabe am letzten Tag der Kündigungsfrist (BGE 136 III 96 E. 2.3 S. 98, m. Nw.). Bedauerlicherweise hat das Bundesgericht die praktisch wichtige Frage, ob der Zugang oder die Postaufgabe massgebend ist, ausdrücklich offengelassen (a. a. O.). Das ist umso gravierender, als dieser Frage speziell dann eine ganz besondere Bedeutung zukommt, wenn die Einsprachefrist so kurz dauert wie im vorliegenden Fall. Der pflichtbewusste Anwalt oder der Arbeitnehmer ist vorsichtshalber weiterhin gehalten, wenn immer möglich dem Zugangsprinzip zu genügen.

b) Sodann ist der besprochene Entscheid aus prinzipieller Sicht fragwürdig (tendenziell a. M. CHANSON, der das Urteil grundsätzlich begrüsst). Gilt für ein Arbeitsverhältnis die ordentliche sieben-tägige Kündigungsfrist während der Probezeit (Art. 335b Abs. 1 OR), so wäre die rechtzeitige Einsprache selbst unter Beachtung des Zugangsprinzips für den Arbeitnehmer zwar schwierig, in der Regel aber faktisch immerhin möglich. Bei deutlich verkürzter oder gänzlich wegbedingener Kündigungsfrist dagegen ist dies – wie das Zürcher Obergericht zutreffend ausgeführt hatte – nicht mehr der Fall. *Die Vorinstanz nahm daher eine Gesetzeslücke an und wollte in solchen Fällen generell eine sieben-tägige Einsprachefrist unter Beachtung des Zugangsprinzips gelten lassen* (vgl. BGE 136 III 96 E. 3.1 S. 99). Das Bundesgericht verwarf diesen Lösungsansatz, indem es das Vorliegen einer echten Gesetzeslücke verneinte. Eine Lücke bestehe nur, wenn die Kündigungsfrist derart verkürzt oder gänzlich wegbedungen sei, dass es dem Arbeitnehmer nicht möglich oder nicht zumutbar sei, fristgerecht Einsprache zu erheben (BGE 136 III 96 E. 3.4 S. 100). Der Lösungsansatz der Vorinstanz ist indessen überzeugender. Er

hätte einerseits eine schematische Erfassung aller Fälle verkürzter oder gar wegbedingener Kündigungsfristen während der Probezeit erlaubt. Andererseits würde er bei der Fristwahrung das allgemein im Privatrecht für empfangsbedürftige Willenserklärungen geltende Zugangsprinzip berücksichtigen (vgl. zum Zugangsprinzip allgemein etwa INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009, Rz. 27.22 ff.). Die Lösung des Bundesgerichts dagegen zwingt in jedem Einzelfall zu einer subtilen Beurteilung der Frage, ob dem Arbeitnehmer eine Einsprache binnen der verkürzten Kündigungsfrist möglich und zumutbar war. Für die Betroffenen ist damit eine grosse Rechtsunsicherheit verbunden, und die Gerichte, die wahrlich wichtigere Fragen zu beurteilen hätten, werden unnötig belastet (ähnlich bezüglich Rechts[un]sicherheit auch CHANSON, a. a. O.). Keine grosse Abhilfe bringt es in diesem Zusammenhang, wenn man aus dem besprochenen Urteil gleichsam die *Faustregel* ableiten will, dass insgesamt drei Tage ausreichen, sofern keine besonderen Erschwernisse vorliegen (so BSK OR I-PORTMANN, Art. 336b N 1).

c) Darüber hinaus ist das Urteil aber auch im konkreten Fall unhaltbar. Man muss sich einmal die Situation vor Augen halten: Der vom Bundesgericht als massgeblich erachtete Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung war der 12. August 2004; an diesem Tag wurde der Arbeitnehmerin die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mündlich eröffnet (wobei sich dem Bundesgerichtsentscheid nicht entnehmen lässt, zu welcher Tageszeit die Kündigung ausgesprochen wurde). Dieser Tag war ein Donnerstag. Die dreitägige Kündigungsfrist lief somit am Sonntag, 15. August 2004, ab. Nach herrschender Lehre hätte die Einsprache bis Sonntagabend beim Arbeitgeber zugehen müssen. Zwar schreibt das Gesetz nur die Schriftform vor, nicht aber eine postalische Versendung (vgl. zu den theoretisch möglichen Formen der Einspracheerhebung BSK OR I-PORTMANN, Art. 336b N 1a). Dennoch wäre der Arbeitnehmerin aus *Beweisgründen* nichts anderes übrig geblieben, als die *Einsprache mit eingeschriebener Post* zu versenden (ähnlich BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 336b N 2 [«mit Vor- teil mittels Lettre Signature»]). Die persönliche Übergabe der Einsprache ist generell keine gangbare Alternative; allzu leicht kann sie an der Weigerung des Arbeitgebers scheitern, den Empfang überhaupt zu bescheinigen. Sicherheitshalber hätte die Arbeitnehmerin die eingeschriebene Sendung bereits am Donnerstag (also am Tag null

der dreitägigen Kündigungsfrist [sic!]) der Post übergeben müssen, damit diese am Freitag (dem Tag eins der Kündigungsfrist) einen Zustellversuch hätte unternehmen können. Denn am Samstag wird in der Schweiz keine eingeschriebene Sendung mehr zugestellt (dazu auch CHANSON, a. a. O.). Die Bardame hätte sich somit innerhalb weniger Stunden, ja vielleicht weniger Minuten (falls die mündliche Kündigung erst am Abend ausgesprochen worden sein sollte) über eine allfällige Missbräuchlichkeit der Kündigung ein Bild machen, eine Einsprache formulieren und mit eingeschriebenem Brief versenden, mithin zu regulären Öffnungszeiten das Schreiben der Post übergeben müssen – und dies notabene während fortbestehender Arbeitspflicht. Der Beizug eines Rechtsvertreters oder einer Rechtsvertreterin wäre hierbei aufgrund der knappen Zeit offenkundig illusorisch gewesen. Das alles hätte das Bundesgericht mitbedenken können. Der Hinweis des Bundesgerichts, die Beschwerdegegnerin lege nicht dar und es sei nicht ersichtlich, inwiefern und weshalb es ihr objektiv nicht möglich gewesen sein soll, innert drei Tagen Einsprache zu erheben (nicht publizierte E. 4.1 des Entscheids), ist nicht überzeugend. Zum einen lag das Problem hier geradezu auf dem Präsenzierteller. Zum andern steht diese verfahrensrechtliche Rigorosität des Bundesgerichts in einem eigenartigen Spannungsverhältnis zur sozialen *Untersuchungsmaxime* bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bei einem Streitwert bis zu Fr. 30 000.– (damals noch Art. 343 Abs. 2 OR; heute Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO), der eine besondere Bedeutung zukommt, wenn eine Arbeitnehmerin wie in casu anwaltlich nicht vertreten ist.

d) Insgesamt vermag somit das besprochene Urteil nicht zu überzeugen (ohne Kritik aber etwa GEISER, a. a. O., 248, GEISER/HÄFLIGER, a. a. O., 339, und GABATHULER/SPRIG, a. a. O., 40 f.). Anstatt Rechtssicherheit zu schaffen, dem Arbeitnehmer eine generelle und praktikable Mindestfrist für eine Einsprache zuzusprechen und deren konkrete Berechnung (Absende- oder Zugangsprinzip) aufzuzeigen, entzieht es sich dieser wichtigen Klärung mit einer mehr als fragwürdigen Einzelfallbetrachtung. Zudem setzt es künftig Arbeitnehmer in zeitlicher Hinsicht unter extremen Druck. Bei einer verkürzten Kündigungsfrist lässt es ihnen praktisch keinen Raum für eine reifliche Überlegung und schon gar nicht für das Einholen von Rat bei Dritten. Gerade das Einholen von Rat wäre aber in vielen Fällen besonders bedeutsam. Wie das Bundesgericht ausführt, nahm

es der Gesetzgeber «mit Blick auf die Rechtssicherheit» (sic!) in Kauf, dass Rechtssuchende, die über die speziellen Fristen von Art. 336b OR nicht orientiert sind, Opfer der Fristen werden können (BGE 136 III 96 E. 2.1 S. 98, m. Nw.). Im Grunde ist das schon fast zynisch und steht jedenfalls in einem diametralen Wertungswiderspruch zu anderen Bereichen des «Sozialrechts», in denen der Aufklärung der Betroffenen über ihre Rechte grosses Gewicht beigemessen wird (so etwa mit der Formularpflicht bei Kündigungen im Mietrecht [Art. 266l Abs. 2 OR], bei der Aufklärung von Konsumkreditnehmern [Art. 9 ff. KKG] oder bei der Aufklärung des Kunden über das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften [Art. 40d OR]). Umso wichtiger wäre es, den Arbeitnehmern, denen extrem kurzfristig gekündigt wird, wenigstens eine reale Möglichkeit zu bieten, sich bei Dritten über ihre Rechte zu erkundigen. Mit der hier besprochenen höchstrichterlichen Praxis aber wird das verunmöglicht, ohne dass dies durch ein überwiegendes schützenswertes Interesse der Gegenseite gerechtfertigt wäre. Denn ob dem Arbeitgeber die Einsprache gegen eine Kündigung während der Probezeit binnen drei oder erst binnen sieben Tagen zugeht, kann nun wirklich keine nennenswerte Rolle spielen.

Es scheint, als wolle das Bundesgericht den sachlichen Kündigungsschutz während der Probezeit über formelle Hürden stark zurückdrängen. *Methodenehrlicher* wäre es dann aber gewesen, die inhaltliche Geltung des sachlichen Kündigungsschutzes während der Probezeit klarer zu begrenzen oder ihm gar – was jedoch sachlich nicht zu rechtfertigen wäre – während der Probezeit die Geltung gänzlich zu versagen. Nur hätte Letzteres bedeutet, ausdrücklich auf BGE 134 III 108 zurückzukommen, und davor schreckte das Bundesgericht offenbar zurück.

XI. Berücksichtigung einer ausländischen Norm trotz arbeitsvertraglicher Wahl des schweizerischen Rechts (Art. 19 und Art. 121 Abs. 3 IPRG; Art. 339b ff. OR)

BGE 136 III 392 (4A_91/2010) = Pra 2011 Nr. 42 S. 301 ff.

A, ein spanischer Staatsangehöriger, arbeitete seit 20. September 1989 als Schweizer für die Y, eine Gesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in der Schweiz, welche im Bau von Unterwasser-Pipe-

lines tätig war. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde mit Datum vom 1. Januar 1996 unterzeichnet; dieser enthielt *eine Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts*. Konzernintern wurde das Arbeitsverhältnis mit A per 1. Mai 2000 unverändert auf die X SA, ebenfalls eine Gesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in der Schweiz, übertragen. Die X SA bezweckt das Zurverfügungstellen von Personal für die Gesellschaften der Gruppe Y. A arbeitete auf dem Hochseeschiff «MV Z», das der Gruppe Y gehörte und unter panamaischer Flagge fuhr. Am 23. Dezember 2004 kündigte die X SA das Arbeitsverhältnis mit A per 31. März 2005. Am 26. April 2006 reichte A Klage gegen die X SA ein und forderte einen Betrag in der Höhe von sechs Monatslöhnen, ausmachend € 31 045.50 oder Fr. 50 240.–, zuzüglich Verzugszinsen. Diese Forderung stützte er auf eine Bestimmung im panamaischen Gesetz Nr. 8 über die Arbeit auf dem Meer und auf Schifffahrtswegen vom 26. Februar 1998. Nach Art. 56 Abs. 1 lit. f dieses Gesetzes steht Seeleuten, die ohne triftigen Grund entlassen werden, eine Entschädigung zu. Die Höhe dieser Entschädigung bemisst sich dabei nach dem bisherigen Monatslohn sowie der Dauer des Arbeitsverhältnisses und erreicht das Maximum von sechs vollen Monatslöhnen ab einer Anstellungsdauer von mehr als 60 Monaten. A machte geltend, diese panamaische Bestimmung müsse über Art. 19 IPRG auch in seinem Fall berücksichtigt werden. Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage ab, die zweite angerufene Instanz hiess sie gut. Gegen das oberinstanzliche Urteil erhob die X SA mit Erfolg Beschwerde in Zivilsachen (ausführlich zu diesem Urteil Ivo SCHWANDER, SZIER 2011, 495 ff., 497 ff.; vgl. auch die Kurzbesprechungen bei THOMAS GEISER, AJP 2011, 243 ff., 249 f., und THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2011, 336 ff., 339 f., sowie die Hinweise bei THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPRIG, plädoyer 3/11, 53 ff., 56, und bei FRIDOLIN WALTHER, ZBJV 2012, 144 ff., 153 f.). Den gleichen Erfolg hatte die X SA gegen zwei Arbeitskollegen von A, die sich im Wesentlichen in der gleichen Situation befanden (amtlich nicht publizierte Bundesgerichtsurteile 4A_93/2010 und 4A_95/2010 vom 29. Juni 2010). Die Arbeitgeberin musste somit den drei Seeleuten die verlangten Abgangsentchädigungen nicht bezahlen.

Zunächst prüfte das Bundesgericht die Zulässigkeit der im Arbeitsvertrag getroffenen Rechtswahl. Die Unterstellung des Arbeitsverhältnisses unter das Recht des Staates, in welchem die Arbeitgeberin von A den Sitz hat, hier die Schweiz, ist gemäss Art. 121 Abs. 3

IPRG grundsätzlich rechtmässig (BGE 136 III 392 E. 2.2 S. 395). Damit stellte sich die Frage, ob trotz der an sich gültigen Wahl schweizerischen Rechts in casu *ausnahmsweise* das Recht von Panama anwendbar sei. Gemäss Art. 19 Abs. 1 IPRG kann anstelle des Rechts, das durch dieses Gesetz bezeichnet wird, die Bestimmung eines andern Rechts, *die zwingend angewandt sein will*, berücksichtigt werden, wenn nach schweizerischer Rechtsauffassung *schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen es gebieten und der Sachverhalt mit jenem Recht einen engen Zusammenhang aufweist* (zitiert nach dem französischen Wortlaut [vgl. zur hier nicht interessierenden Problematik der sprachlich abweichenden Fassungen von Art. 19 Abs. 1 IPRG BGE 136 III 392 E. 2.3.3.1 S. 397 f. sowie SCHWANDER, a. a. O., 499 f.]). Ob eine solche Bestimmung zu berücksichtigen ist, beurteilt sich *nach ihrem Zweck und den daraus sich ergebenden Folgen für eine nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung* (Art. 19 Abs. 2 IPRG; vgl. zu den Voraussetzungen nach Art. 19 IPRG einlässlich etwa MONICA MÄCHLER-ERNE/SUSANNE WOLF-METTER, Art. 19 IPRG N 12 ff., in: Heinrich Honsell et al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007).

Hinsichtlich der zwingenden Natur der angerufenen panamaischen Norm berief sich das Bundesgericht auf die verbindliche Feststellung der Vorinstanz, welche diese bejaht hat (BGE 136 III 392 E. 2.3.1 S. 396). Zum erforderlichen engen Zusammenhang des Sachverhalts mit dem panamaischen Recht hielt das Bundesgericht fest, es sei allgemein anerkannt, dass die Arbeitsverhältnisse der Seeleute einen objektiven Bezug zum Recht des Flaggenstaates hätten. Allerdings handle es sich bei der panamaischen Flagge bloss um eine *Gefälligkeitsflagge* («pavillon de complaisance»), weshalb ein eigentlicher Bezug («véritable lien») nicht existiere. Wie es sich damit verhalte, könne allerdings offengelassen werden, da die dritte Voraussetzung von Art. 19 IPRG nicht gegeben sei (BGE 136 III 392 E. 2.3.2 S. 396 f.). Bei der Frage der schützenswerten und offensichtlich überwiegenden Interessen, hier des Arbeitnehmers, kam das Bundesgericht zum Schluss, *die panamaische Abgangsentchädigung verfolge kein soziales Ziel und sei nicht etwa als Ersatz für eine Vorsorgeleistung konzipiert, sondern erweise sich vielmehr als eine rein geldmässige Belohnung*. Eine solche geldmässige Belohnung bei Kündigung entspreche nach schweizerischer Rechtsauffassung nicht einem grund-

legenden Wert des Arbeitnehmerschutzes. Das Bundesgericht erachtete dieses Tatbestandsmerkmal von Art. 19 IPRG daher als nicht erfüllt (BGE 136 III 392 E. 2.3.3.2 S. 398 f.). Damit blieb es bei der Anwendung schweizerischen Rechts, welches eine Abgangsentschädigung nur unter wesentlich restriktiveren Voraussetzungen kennt (Art. 339b ff. OR).

Dieses Ergebnis kann nicht befriedigen. Formell stand zwar bloss eine zivilrechtliche Frage zur Beurteilung. *Materiell indessen handelte es sich um eine Problemkonstellation, die an einer Schnittstelle zwischen dem Arbeitsrecht und dem Sozial[versicherungs]recht angesiedelt ist* (sinngemäss ebenso GEISER, a. a. O., 249). Denn arbeitsrechtliche Abgangsentschädigungen müssen in aller Regel im Zusammenhang mit dem je nach Land fehlenden oder bloss schwach ausgebauten sozial[versicherungs]rechtlichen Schutz von Arbeitnehmern bzw. einer bestimmten Arbeitsmarktordnung gesehen werden (in diesem Sinn auch SCHWANDER, a. a. O., 502; für das schweizerische Recht deutlich so Art. 339d OR). Diesem Umstand hat das Bundesgericht bedauerlicherweise nicht die notwendige Beachtung geschenkt.

Seeleute nichtschweizerischer Nationalität sind trotz der Wahl schweizerischen Rechts im Arbeitsvertrag dem schweizerischen Sozialversicherungssystem nicht unterstellt, wenn das Schiff nicht unter Schweizer Flagge fährt. *Das schweizerische Sozialversicherungsrecht gilt (unter Vorbehalt internationaler Übereinkommen) für Mitglieder der Besatzung – unabhängig von ihrer Nationalität – nur an Bord schweizerischer Seeschiffe* (Art. 63 des Bundesgesetzes über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge vom 23. September 1953 [SSG; SR 747.30]; vgl. im Übrigen auch Art. 84 SSG). Im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU sorgt die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971, welche über das Freizügigkeitsabkommen mit der EU ab 1. Juni 2002 für die Schweiz ebenfalls anwendbar erklärt worden ist (SR 0.831.109.268.1), für die Koordination der Sozialversicherungssysteme (mit Wirkung ab 1. April 2012 wurde diese Verordnung im Verhältnis zwischen der EU und der Schweiz durch die Verordnung Nr. 883/04 vom 29. April 2004 ersetzt). Art. 13 Abs. 2 lit. c der Verordnung Nr. 1408/71 sieht als Grundsatz hinsichtlich der Sozialversicherungsvorschriften vor, dass eine Person, die ihre Erwerbstätigkeit an Bord eines Schiffes ausübt, das unter der Flagge eines Mitgliedstaates fährt, den Rechtsvorschriften dieses Staates unterliegt. Art. 14b der Verordnung enthält für Spezialfälle

gewisse Abweichungen von diesem Grundsatz, welche jedoch für die vorliegende Konstellation keine Bedeutung gehabt hätten. Wäre die «MV Z» also unter schweizerischer Flagge gefahren, so wäre A über Art. 63 SSG und ab 1. Juni 2002 zusätzlich über die Verordnung Nr. 1408/71 in den Genuss des schweizerischen Sozialversicherungssystems gekommen. Da die «MV Z» indessen unter der Flagge von Panama fuhr, unterstand A dem schweizerischen Sozialversicherungssystem nicht. Der Umstand, dass es sich dabei um eine Gefälligkeitsflagge handelt, ändert daran nichts.

Gemäss Feststellung der Vorinstanz *unterstand A keinem System der sozialen Sicherheit* (vgl. BGE 136 III 392 Sachverhalt B. S. 394). In ihrer Beschwerde an das Bundesgericht rügte die X SA zwar diese Sachverhaltsfeststellung als willkürlich sowie Art. 8 ZGB verletzend. Sie brachte vor, A habe sich in Spanien einem Versorgungssystem unterstellen können. Zudem habe er nie behauptet, nicht über eine berufliche Vorsorge zu verfügen (vgl. BGE 136 III 392 E. 2.1 S. 394 f.). Auf diese Rügen ging das Bundesgericht jedoch nicht ein, da es die Beschwerde wie dargelegt aus andern Gründen guthiess. Die Frage, ob A einem Sozialversicherungssystem angeschlossen gewesen war oder nicht, wäre vorliegend jedoch von Interesse gewesen. Es könnte durchaus sein, dass die *privatrechtliche Abgangsentschädigung nach panamaischem Recht dem Zweck der sozialen Sicherheit dient* (in diesem Sinne etwa SCHWANDER, a. a. O., 502, der ausführt, die Abgangsentschädigung des panamaischen Rechts übernehme die Funktion eines sozialpartnerschaftlichen Ausgleichs für eine regelmässig zu erwartende Zeit der Arbeitslosigkeit). Gerade *zwingende Normen mit sozialprotektivem Charakter aber können in den Anwendungsbereich von Art. 19 IPRG fallen* (vgl. MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, Art. 19 IPRG N 15 und 24; sinngemäss auch SCHWANDER, a. a. O., 501 f.; MAX KELLER/JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Art. 121 IPRG N 57, in: Daniel Girsberger et al. [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004 [m. Hw. auf Mindestlohn- und Lohnschutzbestimmungen]). *Daher wäre in casu eine umfassende Prüfung der sozial[versicherungs]- und arbeitsrechtlichen Sachlage angebracht gewesen.*

Bedauerlicherweise hat das Bundesgericht diese Prüfung jedoch unterlassen. Kurzerhand spricht es der panamaischen Abgangsentschädigung den Sozialschutzzweck nach einem summarischen Vergleich mit dem schweizerischen Arbeitsrecht und unter Berufung auf

eine einzige schweizerische Literaturquelle aus dem Jahr 1979 [sic!] ab. Der Frage, ob A überhaupt einem Sozialversicherungssystem angeschlossen war, wird dadurch jegliche Relevanz genommen. Faktisch ist es aber von erheblicher Bedeutung, ob eine Arbeitgeberin durch entsprechende Flaggenwahl den Zugang des Arbeitnehmers zu einem Sozialversicherungssystem ausgeschlossen oder zumindest erheblich erschwert hat. Es wirkt jedenfalls überaus störend, dass sich die Arbeitgeberin mit der panamaischen Flaggenwahl auf die Nichtanwendung des schweizerischen Sozialversicherungssystems berufen konnte, dem Arbeitnehmer seinerseits jedoch zwingende Ansprüche nach panamaischem Recht verweigert wurden, die möglicherweise Sozialschutzcharakter hatten. Wie das Bundesgericht zu Recht ausführt, erfolgt die Prüfung der Sonderanknüpfung nach Art. 19 IPRG gestützt auf ein *Werturteil* (BGE 136 III 392 E. 2.3.3.1 S. 398). Im Rahmen dieses Werturteils hätte man sich eine sorgfältigere und überzeugendere Abwägung der in Frage stehenden «schützenswerten und offensichtlichen Interessen» gewünscht (ansatzweise ähnlich WALTHER, a. a. O., 154). So aber bleibt der Eindruck, Schweizer Reeder könnten zulasten der Arbeitnehmer sowohl von den sozial[versicherungs]rechtlichen Vorteilen einer Gefälligkeitsflagge als auch von den Vorteilen des schweizerischen Arbeitsrechts – *das hier wesentlich weniger sozial ist als das Recht des Flaggenstaates* (SCHWANDER, a. a. O., 498) – profitieren. Den Eindruck, eine solche «Fünfer-und-Weggli-Politik» stehe unter höchstrichterlichem Segen, hätte das Bundesgericht besser vermieden.

XII. Schiedsfähigkeit von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten

(Art. 21 Abs. 1 lit. d und Art. 24 GestG [heute: Art. 34 und Art. 35 Abs. 1 lit. d ZPO]; Art. 5 KSG [heute: Art. 354 ZPO]; Art. 341 Abs. 1 OR)

BGE 136 III 467 (4A_71/2010) = Pra 2011 Nr. 28
S. 194 ff. = SJ 2010 I 546 ff.

Y arbeitete seit 1967 für die X SA. Mit Vertrag vom 21. Mai 2001 wurde ihm die Funktion als Direktor der Niederlassungen Neuenburg und Freiburg der X SA übertragen. Aufgrund einer teilweisen vorzeitigen Pensionierung mit einhergehender Reduktion des

Arbeitspensums wurde am 14. August 2004 ein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen. Danach arbeitete er 30 Prozent im Dienst der Generaldirektion der Arbeitgeberin und 20 Prozent für eine Vereinigung schweizerischer Unternehmen. Der neue Arbeitsvertrag enthielt, wie bereits der frühere, eine Schiedsklausel, wonach alle sich aus dem Vertrag ergebenden Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht mit Sitz in Bern ausschliesslich und endgültig entschieden werden sollten.

Die X SA kündigte dem Y am 26. Oktober 2005 per 31. Januar 2006. Vom 14. Dezember 2005 bis am 27. Juni 2006 war Y arbeitsunfähig. Am 10. Juni 2008 klagte er gegen die X SA auf Zahlung von Fr. 50 000.– nebst Zins zu 5% seit 31. Januar 2006 *als Entschädigung für Überstunden und nicht bezogene Ferien*. Die Beklagte erhob die Schiedseinrede, welcher sowohl erst- als auch zweitinstanzlich – je mit unterschiedlicher Begründung – kein Erfolg beschieden war. Auch eine von der X SA erhobene Beschwerde in Zivilsachen blieb erfolglos. Das Bundesgericht bejahte die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte (vgl. zu diesem Urteil die Kurzhinweise von MARCO STACHER, AJP 2011, 125 ff., 129, THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3/11, 53 ff., 56, THOMAS GEISER, AJP 2011, 243 ff., 250 f., THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2011, 336 ff., 340, CHRISTOPH LEUENBERGER, ZBJV 2012, 124 ff., 128 f., und BERNHARD BERGER, ZBJV 2012, 159 ff., 169 ff., sowie die ausführlichen Besprechungen von ISABELLE WILDHABER/ALEXANDRA JOHNSON WILCKE, ARV 2010, 160 ff., LUCA BEFFA, AJP 2010, 1433 ff., THOMAS PIETRUSZAK, Schiedsfähigkeit arbeitsrechtlicher Streitigkeiten gemäss Art. 5 Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, in: Push-Service Entscheide, publiziert am 15. September 2010, und PHILIPPE SCHWEIZER, SZJP 2010, 362 ff.; einlässlich zur Problematik unter Berücksichtigung dieses Urteils auch BSK OR I-PORTMANN, Vor Art. 319 ff. N 95 ff.).

Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) trat erst am 1. Januar 2011 in Kraft. Für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit hatte sich das Bundesgericht daher noch auf das Gerichtsstandsgesetz vom 24. März 2000 (GestG) sowie auf das Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG) abstützen. Der im Kanton Waadt seinerzeit vorgesehene grundsätzliche Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten – aufhebbar aber in einem Gesamtarbeitsvertrag – griff nur bis zu einer Streitwertgrenze von Fr. 30 000.– und war hier somit nicht beachtlich (BGE 136 III 467 E. 4.1 S. 470; vgl. allgemein zu den frühe-

ren kantonalen Ausschlussmöglichkeiten unter dem KSG WILDHABER/JOHNSON WILCKE, a. O., 165). In Zusammenhang mit Art. 24 Abs. 1 GestG, welcher einen (teil)zwingenden Gerichtsstand für Arbeitnehmer statuierte, stellte das Bundesgericht unter Würdigung der Materialien klar, dass *zwingende gesetzliche Gerichtsstände einer Schiedsabrede nicht entgegenstehen* (a. M., aber noch ohne Berücksichtigung dieses Urteils GEISER/MÜLLER, Rz. 87). Entscheidend für die Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit war somit, ob nach Art. 5 KSG überhaupt ein schiedsfähiger Gegenstand vorlag und damit die verfahrensrechtliche Zuständigkeit nicht ausschliesslich den staatlichen Gerichten zukam (BGE 136 III 467 E. 4.4 S. 472).

Art. 5 KSG bestimmte, dass *jeder Anspruch Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein kann, welcher der freien Verfügung der Parteien unterliegt, sofern nicht ein staatliches Gericht nach einer zwingenden Gesetzesbestimmung in der Sache ausschliesslich zuständig ist* (ähnlich jetzt Art. 354 ZPO). Gemäss Bundesgericht richtet sich diese freie Verfügbarkeit bei individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten für den Arbeitnehmer nach Art. 341 Abs. 1 OR (BGE 136 III 467 E. 4.5 und E. 4.6 S. 472 ff.). Dieser lautet wie folgt: «*Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung kann der Arbeitnehmer auf Forderungen, die sich aus unabhängbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabhängbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nicht verzichten.*» Im Gesetz geregelt sind die zwingenden und relativ zwingenden Arbeitnehmerforderungen in Art. 361 und 362 OR, wobei allerdings die Aufzählung nicht vollständig ist (BSK OR I-PORTMANN, Art. 361 N 2 und Art. 362 N 1; STREIFF/VON KAENEL, Art. 361 N 3). Das Bundesgericht ging ohne Weiteres davon aus, dass es sich bei den von Y geltend gemachten Forderungen um solch (relativ) zwingende handle (BGE 136 III 467 E. 4.6 in fine S. 474). In Bezug auf den Lohnanspruch für nicht bezogene Ferien ist dies unstrittig (Art. 329d Abs. 1 und 2 i. V. m. Art. 361 und 362 OR), weniger klar hingegen für den Abgeltungsanspruch geleisteter Überstunden. Denn Art. 321c Abs. 3 OR, welcher die Entschädigung geleisteter Überstunden regelt, wird weder in Art. 361 noch in Art. 362 OR erwähnt (vgl. auch BSK OR I-PORTMANN, Art. 321c N 12). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist nur ein Verzicht auf bereits erworbene Überstundenguthaben im Rahmen von Art. 341 OR unzulässig, nicht jedoch ein Verzicht auf die Entschädigung künftiger Überstunden (BGE 124 III 469; kritisch

dazu BSK OR I-PORTMANN, Art. 321c N 12). Auf diese Differenzierung ging das Bundesgericht im vorliegenden Fall nicht ein (vgl. dazu auch PIETRUSZAK, a. O., Rz. 7, der darauf hinweist, dass in casu die fraglichen Überstunden erst *nach* Unterzeichnung der Schiedsvereinbarung geleistet worden seien; ähnlich GEISER, a. O., 251, und GEISER/HÄFLIGER, a. O., 340). Ebenso wenig setzte es sich ausdrücklich mit der Frage auseinander, ob der Ablauf der Monatsfrist gemäss Art. 341 Abs. 1 OR Auswirkungen auf die Schiedsfähigkeit hat. Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitnehmer die Klage mehr als zwei Jahre nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingereicht, in einem Zeitpunkt also, in dem er gemäss Art. 341 Abs. 1 OR längst auf die geltend gemachten Ansprüche hätte wirksam verzichten können. Das Bundesgericht ging somit *stillschweigend davon aus, dass während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats danach unverzichtbare Ansprüche auch dann nicht schiedsfähig sind, wenn die Schiedsabrede früher abgeschlossen wurde und die Klage erst nach Ablauf eines Monats nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhoben wird* (zustimmend WILDHABER/JOHNSON WILCKE, a. O., 165; kritisch BEFFA, a. O., 1442, und wohl auch GEISER, a. O., 251, sowie GEISER/HÄFLIGER, a. O., 340). Eine nach Ablauf der Monatsfrist geschlossene Schiedsvereinbarung müsste aber wohl möglich sein (so GEISER, a. O., 251, und GEISER/HÄFLIGER, a. O., 340; ähnlich ebenso WILDHABER/JOHNSON WILCKE, a. O., 165).

Der Entscheid des Bundesgerichts, die Schiedsfähigkeit von Ansprüchen, die unter das Verichtsverbot nach Art. 341 Abs. 1 OR fallen, zu verneinen, wurde in der Literatur kontrovers aufgenommen (grundsätzlich befürwortend [aber in einzelnen Punkten kritisch] PIETRUSZAK, a. O., Rz. 6; GEISER, a. O., 251; GEISER/HÄFLIGER, a. O., 340; tendenziell kritisch dagegen WILDHABER/JOHNSON WILCKE, a. O., 164 f., namentlich auch in Bezug auf Arbeitsverträge mit Managern und Profisportlern; gänzlich ablehnend BEFFA, a. O., 1441 f., BERGER, a. O., 169 ff., sowie BSK OR I-PORTMANN, Vor Art. 319 ff. N 95 ff.). *Bei diesem Urteil handelt es sich um einen Grundsatzentscheid, der auch nach Inkrafttreten der ZPO Gültigkeit hat* (PIETRUSZAK, a. O., Rz. 8; sinngemäss ebenso BSK OR I-PORTMANN, Vor Art. 319 ff. N 96). Denn die einschlägigen Normen des GestG und des KSG sind inhaltlich praktisch unverändert in die ZPO übernommen worden (vgl. Art. 34, Art. 35 Abs. 1 lit. d und Art. 354 ZPO). Auf diesen Umstand weist in seinen Erwägungen

explizit auch das Bundesgericht hin (BGE 136 III 467 E. 4 S. 470 sowie E. 4.4 S. 472).

Allerdings dürfte künftig bei arbeitsrechtlichen Binnenstreitigkeiten folgende Problematik für Kontroversen sorgen: Art. 353 Abs. 2 ZPO ermöglicht den Parteien, eine Binnenstreitigkeit den Schiedsregeln nach IPRG zu unterstellen und die Anwendbarkeit der ZPO auszuschliessen (vgl. Urs WEBER-STECHE, Art. 353 ZPO N 2 und N 16 ff., in: Karl Spühler/Luca Tencio/Dominik Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010). Eine solche Möglichkeit bestand unter dem KSG nicht (WEBER-STECHE, Art. 353 ZPO N 17). Nach Art. 177 Abs. 1 IPRG kann *Gegenstand eines Schiedsverfahrens jeder vermögensrechtliche Anspruch sein; die freie Verfügbarkeit des Anspruches ist nicht erforderlich*. Damit unterscheiden sich die Schiedsfähigkeit nach ZPO einerseits und nach IPRG andererseits erheblich. In der Literatur wird daher zum Teil geltend gemacht, die Parteien könnten Streitigkeiten aus einem rein schweizerischen Arbeitsverhältnis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit unterstellen (Opting-out) und so die dargelegte Einschränkung in der Schiedsfähigkeit gegenstandslos werden lassen (BSK OR I-PORTMANN, Vor Art. 319 ff. N 96 in fine und N 99; BERGER, a. a. O., 171; ähnlich WILDHABER/JOHNSON WILCKE, a. a. O., 162 f.). Auf diese Weise könnte auf den ersten Blick der Arbeitnehmerschutz im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit auf einfache Weise ausgehebelt werden. Dies kann jedoch nicht Sinn und Zweck von Art. 353 Abs. 2 ZPO sein. *Richtigerweise ist bei einem solchen Opting-out die Schiedsfähigkeit von Binnenstreitigkeiten anhand von Art. 354 ZPO zu prüfen* (MARC ANDRÉ MAUERHOFER, Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, GesKR 2011, 20 ff., 28; im gleichen Sinn LEUENBERGER, a. a. O., 129, m. Hw. auf die gegenteilige Meinung, und wohl auch SCHWEIZER, a. a. O., 365; a. M. implizit BERGER, a. a. O., 171).

Schliesslich ist noch auf eine weitere Problematik hinzuweisen: Die nicht (relativ) zwingenden Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sind auch unter der eben dargelegten höchstrichterlichen Rechtsprechung schiedsfähig. Dies birgt unweigerlich die Gefahr einer gespaltenen und darüber hinaus unklaren Gerichtszuständigkeit in sich. Der Arbeitnehmer müsste unter Umständen sowohl vor den staatlichen Gerichten als auch vor Schiedsgericht klagen (BEFFA, a. a. O., 1442; BERGER, a. a. O., 170 f.; BSK OR I-PORTMANN, Vor Art. 319 ff. N 96).

PIETRUSZAK hält dies zwar für unbefriedigend, aber de lege lata für unvermeidbar (a. a. O., Rz. 9). Dem ist jedenfalls dann nicht zuzustimmen, wenn der Arbeitsvertrag die Schiedsgerichtsbarkeit für alle Ansprüche vorsieht. Nach Art. 20 Abs. 2 OR darf hier gerade nicht davon ausgegangen werden, der Arbeitnehmer hätte in Kenntnis der beschränkten Schiedsfähigkeit eine für ihn erheblich erschwerend wirkende Spaltung der gerichtlichen Zuständigkeit hinnehmen wollen (gegenteilig aber PIETRUSZAK, a. a. O., Rz. 9).

Nur schon diese wenigen Hinweise zeigen, wie problematisch der Entscheid des Bundesgerichts ist. Hinzu kommen grundsätzliche Bedenken. Abgesehen von wenigen Spitzenverdienern sind Arbeitnehmer regelmässig auf Schutzbestimmungen angewiesen, namentlich auch auf verfahrensrechtliche, welche ihnen bei Streitigkeiten den kostengünstigen und einfachen Zugang zu vertrauten Gerichten ermöglichen. Vor Schiedsgerichten wäre insbesondere etwa unklar, ob Arbeitnehmer bei entsprechendem Streitwert überhaupt Verfahrensvereinfachungen nach Art. 113 Abs. 2 lit. d, Art. 114 lit. c, Art. 243 Abs. 1 sowie Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO, (früher: Art. 343 Abs. 2 bis 4 OR) anrufen könnten (verneinend, auch unter der neuen ZPO WILDHABER/JOHNSON WILCKE, a. a. O., 166 f.). Solche Ungewissheiten sind – neben den übrigen erheblichen Nachteilen – aus Arbeitnehmer-schutzüberlegungen nicht hinnehmbar. *Darüber hinaus kann man sich fragen, ob Schiedsgerichte den zahlreichen Arbeitsrechtszugunsten Schutzbestimmungen des schweizerischen Arbeitsrechts zugunsten der Arbeitnehmer hinreichend Rechnung tragen*. Eine gewisse Skepsis ist diesbezüglich wohl angebracht (ähnlich wohl auch GEISER/MÜLLER, Rz. 90; tendenziell a. M. WILDHABER/JOHNSON WILCKE, a. a. O., 161, sowie SCHWEIZER, a. a. O., 365). Zudem ist der prozessuale Rechtsschutz wegen der nur sehr beschränkten Weiterzugsmöglichkeiten bei Schiedsverfahren äusserst gering (vgl. dazu auch SCHWEIZER, a. a. O., 365 f.). *Das würde klar dafür sprechen, arbeitsrechtlichen Streitigkeiten generell – also nicht nur insoweit, als unverzichtbare Ansprüche gemäss Art. 341 Abs. 1 OR zur Diskussion stehen – die Schiedsfähigkeit abzusprechen*, jedenfalls vor Entstehen der Rechtsstreitigkeit (ähnlich GEISER/MÜLLER, Rz. 87). Ausnahmen sind sachlich nur in Sondersituationen zu rechtfertigen, so etwa bei Streitigkeiten zwischen Managern oder Spitzensportlern und ihren Arbeitgebern (insoweit gl. M. WILDHABER/JOHNSON WILCKE, a. a. O., 161). Dass das Bundesgericht nicht (noch) restriktiver entschieden hat,

ist daher im Grunde bedauerlich. Ebenso bedauerlich ist, dass der Gesetzgeber beim Erlass der ZPO die Frage der Schiedsfähigkeit von arbeitsrechtlichen Ansprüchen nicht ausdrücklich geregelt hat.

In einem Punkt könnte der hier diskutierte Entscheid weit über das Arbeitsrecht hinaus von grosser Bedeutung sein. Wie dargelegt, hat das Bundesgericht ausgeführt, dass zwingende Gerichtsstände Schiedsabreden nicht entgegenstünden (was GEISER/MÜLLER, Rz. 87, zu Recht anders sehen). Allerdings hielt das Bundesgericht ausdrücklich und zutreffend auch fest, *es sei inkohärent, dass das Gesetz zum Schutz der schwächeren Partei beim Individualarbeitsvertrag Rechtswahlklauseln zulasten des Arbeitnehmers untersagt, nicht aber Schiedsklauseln* (BGE 136 III 467 E. 4.6. S. 473 f.; a. M. BEFFA, a. a. O., 1441 f.). Die Auswirkungen dieser Inkohärenz könnten vor allem im Konsumentenrecht gravierend sein. Bei Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen kann dem Verbraucher der Gerichtsstand an seinem Wohnsitz vertraglich nicht entzogen werden (Art. 32 i. V. m. Art. 35 Abs. 1 lit. a ZPO). Wird das hier besprochene Urteil wörtlich genommen, so müssten Verbraucherstreitigkeiten unter den gleichen Voraussetzungen schiedsfähig sein wie Streitigkeiten aus dem Individualarbeitsrecht. Wird darüber hinaus mit einem Teil der Lehre angenommen, dass auch bei Binnenverhältnissen über ein Opting-out die internationale Schiedsgerichtsbarkeit als anwendbar erklärt und so die Beschränkung der Schiedsfähigkeit bei zwingenden Ansprüchen umgangen werden kann, so wird es geradezu bizarr: Jeder Anbieter könnte in seinen Verträgen – selbstverständlich bestens versteckt in Allgemeinen Geschäftsbedingungen – eine Schiedsklausel unterbringen, die ein in einem weit entfernten Land ansässiges, in einem komplizierten Verfahren zu ernennendes Schiedsgericht als zuständig erklärt. *Faktisch könnte damit kein Konsument seine Ansprüche mehr durchsetzen. Das gesamte materielle Verbraucherrecht wäre dann vollkommen überflüssig.* Man darf daher gespannt sein, ob und inwieweit findige (bzw. windige) Anbieter künftig versuchen werden, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, und mit welchen dogmatischen Kunstgriffen die Rechtsprechung solchen Machenschaften entgegenwirken wird.

XIII. Überführung eines Arbeitsverhältnisses vom Stunden- in den Monatslohn nach dem GAV für die private Sicherheitsdienstleistungsbranche

BGE 136 III 283 (4A_159/2010) = Pra 2011 Nr. 29
S. 200 ff. = SJ 2010 I 520 f.

Die X AG, ein Unternehmen der Sicherheitsdienstleistungsbranche, hatte am 1. März 2004 Y als Hilfsarbeiter im Stundenlohn angestellt. Der Arbeitsvertrag hielt fest, dass die Arbeitszeiten weder fest noch im Voraus bestimmt waren. Bei Nachtarbeit sowie Arbeit an Sonn- oder allgemeinen Feiertagen würde ein Lohnzuschlag von 10% gewährt; die Ferien würden mit einem generellen Lohnzuschlag von 8,33% abgegolten. Dieses Anstellungsverhältnis unterstand dem vom Bundesrat am 19. Januar 2004 allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag (GAV) für die private Sicherheitsdienstleistungsbranche vom 4. September 2003, mit bisherigen Änderungen (die ursprüngliche Fassung dieses GAV sowie die späteren Änderungen finden sich unter <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/01479/index.html?lang=de>). Gestützt auf diesen GAV intervenierte am 6. März 2007 die Gewerkschaft Syndicat interprofessionnel de travailleurs et travailleurs (SIT) bei der X AG und machte geltend, Y müsse in ein Arbeitsverhältnis mit Monatslohn überführt werden. Diese Intervention blieb ohne Wirkung. Y verklagte schliesslich die X AG auf Zahlung der Lohndifferenz, die ihm bei korrekter Überführung in den Monatslohn zustanden hätte. Während des noch laufenden Verfahrens wechselte Y die Arbeitsstelle und kündigte per 24. April 2008 das Arbeitsverhältnis mit der X AG. Vor Bundesgericht war nicht mehr streitig, dass Y nach dem anwendbaren GAV per 1. März 2005 in ein Anstellungsverhältnis mit Monatslohn hätte überführt werden müssen und dass grundsätzlich von einer effektiv geleisteten durchschnittlichen monatlichen Arbeitszeit von 163,21 Stunden während der massgebenden Berechnungsperiode auszugehen sei. Umstritten war hingegen, *inwieweit der Nachtarbeit sowie den Ferien mit einem Zuschlag zur effektiv geleisteten Arbeitszeit bei der Überführung in ein monatliches Arbeitspensum Rechnung zu tragen sei* (vgl. auch die Hinweise auf dieses Urteil bei THOMAS GEISER, AJP 2011, 243 ff., 250, und bei THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, SJZ 2011, 336 ff., 340 f.).

Der GAV für die private Sicherheitsdienstleistungsbranche enthielt damals (und enthält soweit ersichtlich auch nach den bisherigen Änderungen) keine spezifische Regelung für die Berücksichtigung von Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit sowie von Ferien bei der Überführung eines Arbeitsverhältnisses in den Monatslohn. Das Bundesgericht hatte sich mit der Auslegung von Art. 2 Abs. 4 lit. b des GAV zu befassen, welcher damals wie folgt lautete: «*Sobald ein Mitarbeitender im Durchschnitt der letzten sechs Monate mehr als 150 Stunden pro Monat in den unter Ziffer 2 aufgeführten Bereichen, das heisst Bewachung, Objekt- und Personenschutz, Dienste in Alarmzentralen, Flughafenfsicherheit (Personen- oder Gepäckkontrolle) oder Werttransport (ohne Geldverarbeitung), gearbeitet hat, wird er mindestens im Umfang des bisherigen Arbeitspensums in den Monatslohn überführt; [...]»* Die Präzisierung «mindestens im Umfang des bisherigen Arbeitspensums» war erst mit Wirkung per 1. Oktober 2007 in den GAV eingefügt worden (vgl. den entsprechenden Bundesratsbeschluss vom 30. August 2007, abrufbar auf der Website des SECO); vorher hatte es schlicht «wird in den Monatslohn überführt» geheissen. Das Bundesgericht stellte klar, dass trotz dieser Präzisierung die Frage der Berücksichtigung eines Zuschlages für Nacht-, Sonntags- oder Feiertagsarbeit bzw. für Ferien offen sei: «*La phrase invoquée laisse entièrement ouverte la question de la détermination du taux d'occupation*» (BGE 136 III 283 E. 2.3.2 S. 285). Erforderlich war daher eine weitere Auslegungshilfe. Die Vorinstanz hatte unter Berufung auf Art. 9 Ziff. 3 des GAV dafür gehalten, bei der Überführung eines Arbeitnehmers vom Stunden- in den Monatslohn müsse die in der massgebenden Berechnungsperiode effektiv geleistete Arbeitszeit um 10% erhöht werden, um der Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit sowie den Ferien Rechnung zu tragen. Art. 9 Ziff. 3 GAV hält Folgendes fest: «*Um der Nachtarbeit (...) und Sonntags- bzw. Feiertagsarbeit (...) Rechnung zu tragen, wird ein Zeitbonus gewährt. Dieser beträgt 6 Minuten (10%) pro Stunde, die in diese Zeiträume fällt (inklusive Pause). Dieser Zeitbonus fliesst in die Berechnung der Arbeitszeit ein.*» Das Bundesgericht schützte diese Auffassung im Wesentlichen mit der Begründung, der Vertragstext sei klar (BGE 136 III 283 E. 2.3.3 S. 285 f. und E. 2.3.5 S. 286 ff.).

Im Übrigen nutzte die I. zivilrechtliche Abteilung dieses Urteil, um in Erinnerung zu rufen, dass die normativen Bestimmungen eines GAV an sich nach den für Gesetze geltenden Grundsätzen auszulegen

sind. Die Abgrenzung zu den Grundsätzen der Vertragsauslegung dürfe aber bei einem GAV nicht übertrieben werden; der Wille der Vertragsparteien sowie Treu und Glauben seien ebenfalls Auslegungselemente (vgl. BGE 136 III 283 E. 2.3.1 S. 283 f., mit Verweis auf BGE 133 III 213 E. 5.2 S. 218 [zu letzterem Urteil THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, ZBJV 2009, 891 ff., 906 ff.] und auf BGE 127 III 318 E. 2a S. 322; vgl. allgemein auch STREIFF/VON KAENEL, Art. 356 N 15; BSK OR I-PORTMANN, Art. 356 N 11; ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 356 N 122).